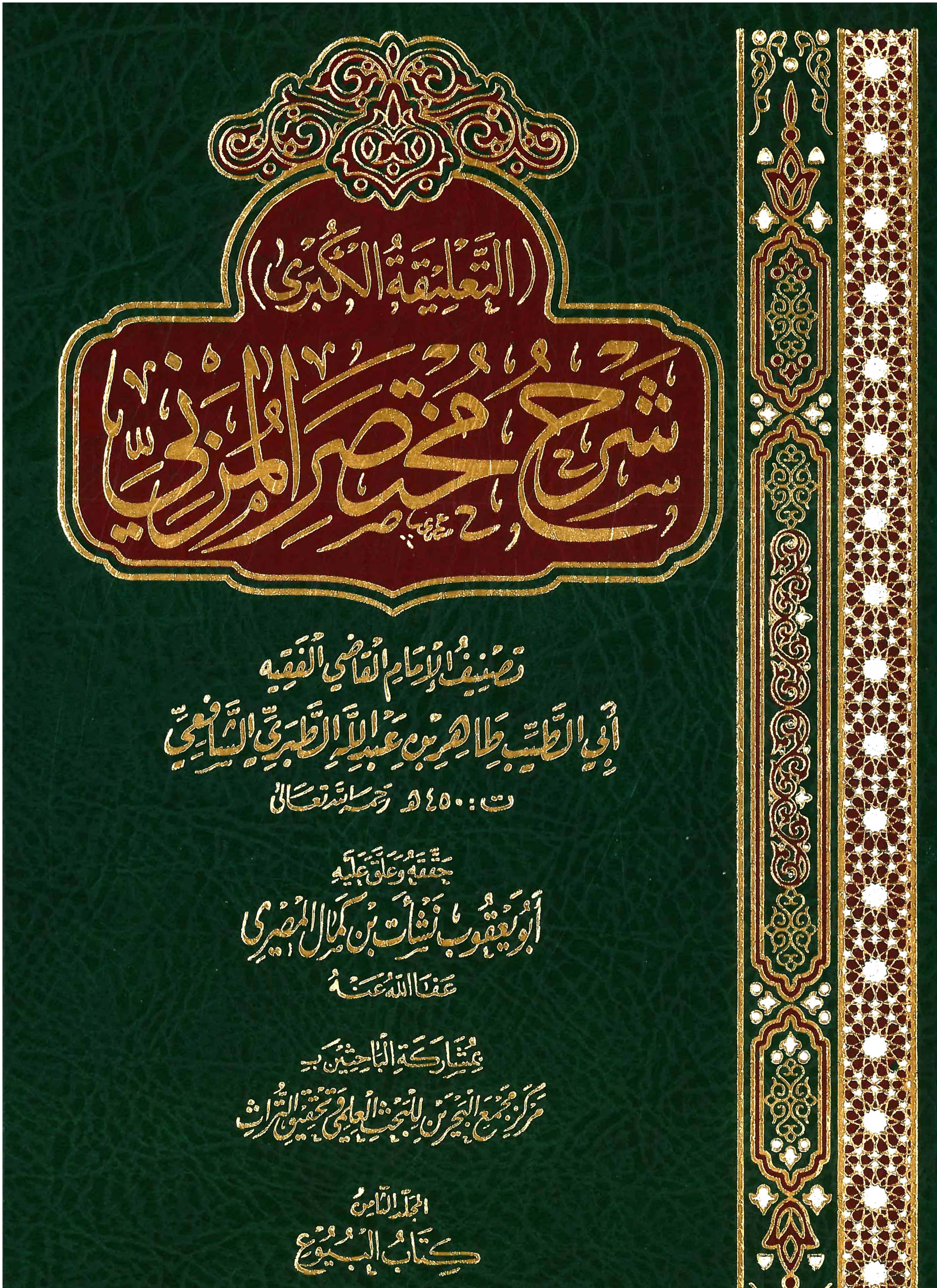
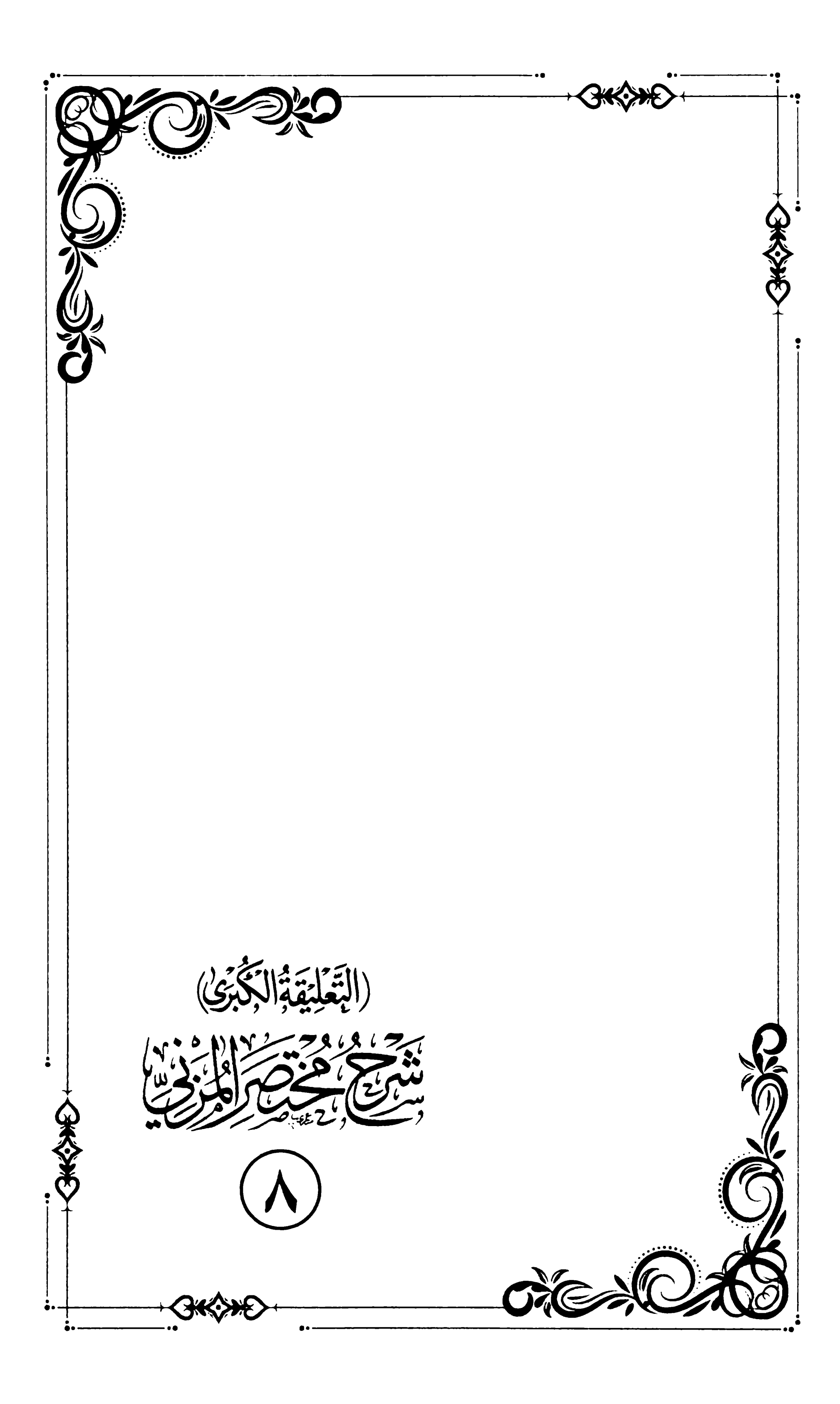

(التعليقة الكبرى)
شرح مختصر المزني
تصنيف الإمام القاضي الفقيه
أبي الطيب طاهر بن عبد الله الطبري الشافعي
ت: ٤٥٠هـ رحمه الله تعالى
حققه وعلق عليه
أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري
عفا الله عنه
بمشاركة الباحثين بـ
مركز مجمع البحرين للبحث العلمي وتحقيق التراث
المجلد الثامن
كتاب البيوع
مركز مجمع البحرين للتحقيق والبحث العلمي


التعليقة الكبرى
شرح مختصر المزني
٨



بسم الله الرحمن الرحيم

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

1443هـ/2021م

رقم الإيداع: 21113 / 2021

الترقيم الدولي: 978 - 977 - 90 - 9610 - 0

مركز مجمع البحرين للتحقيق والبحث العلمي

جمهورية مصر العربية

@mg_elbahrin

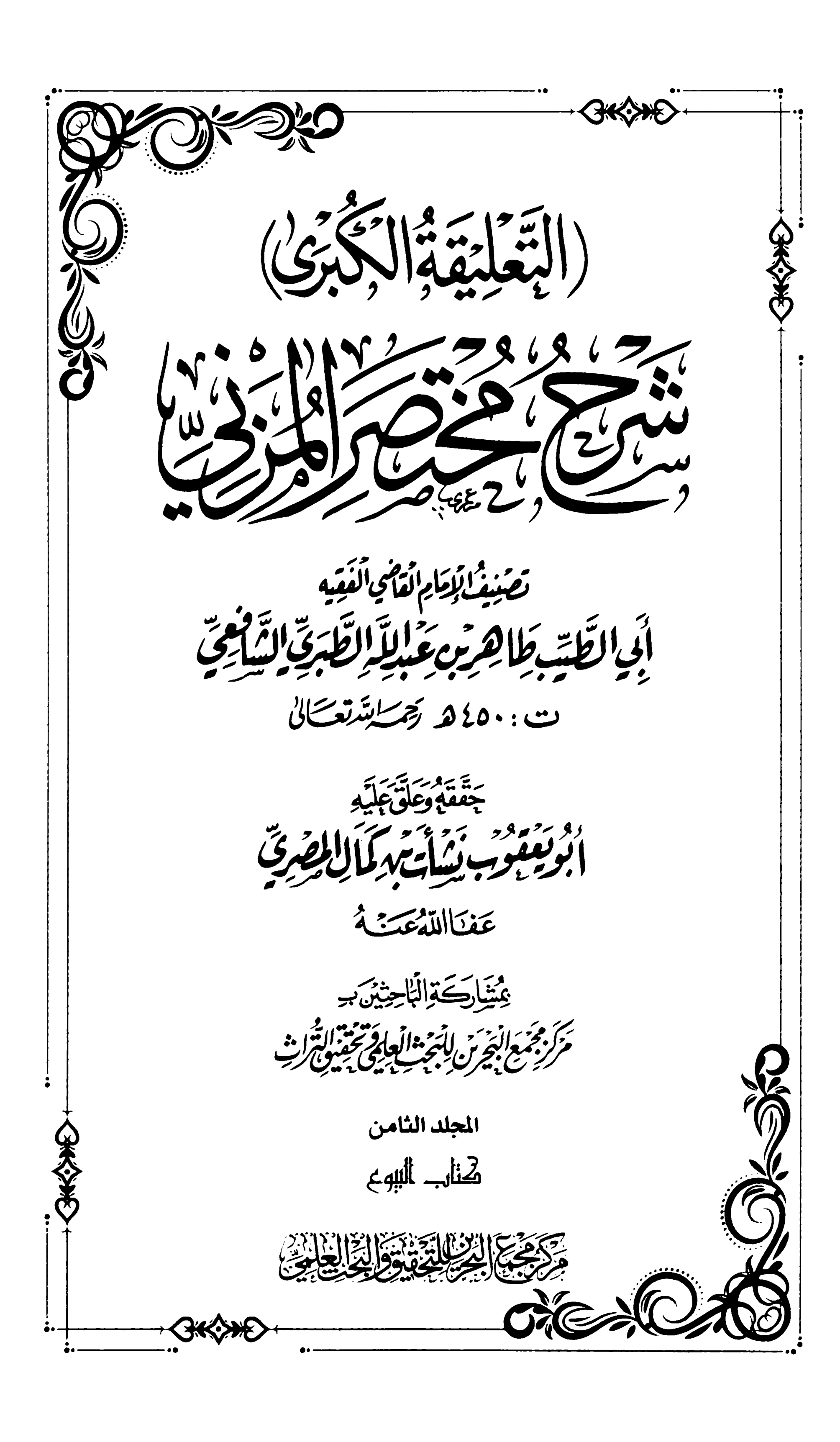
@mgelbahrin

@mgelbahrin

mmmelbahrin@gmail.com

(002) 01061663334

(002) 01144260005



(التعليقة الكبرى)

شرح مختصر المزني

تصنيف الإمام القاضي الفقيه

أبي الطيب طاهر بن عبد الله الطبري الشافعي

ت: ٤٥٠ هـ رحمه الله تعالى

حققه وعلق عليه

أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري

عفا الله عنه

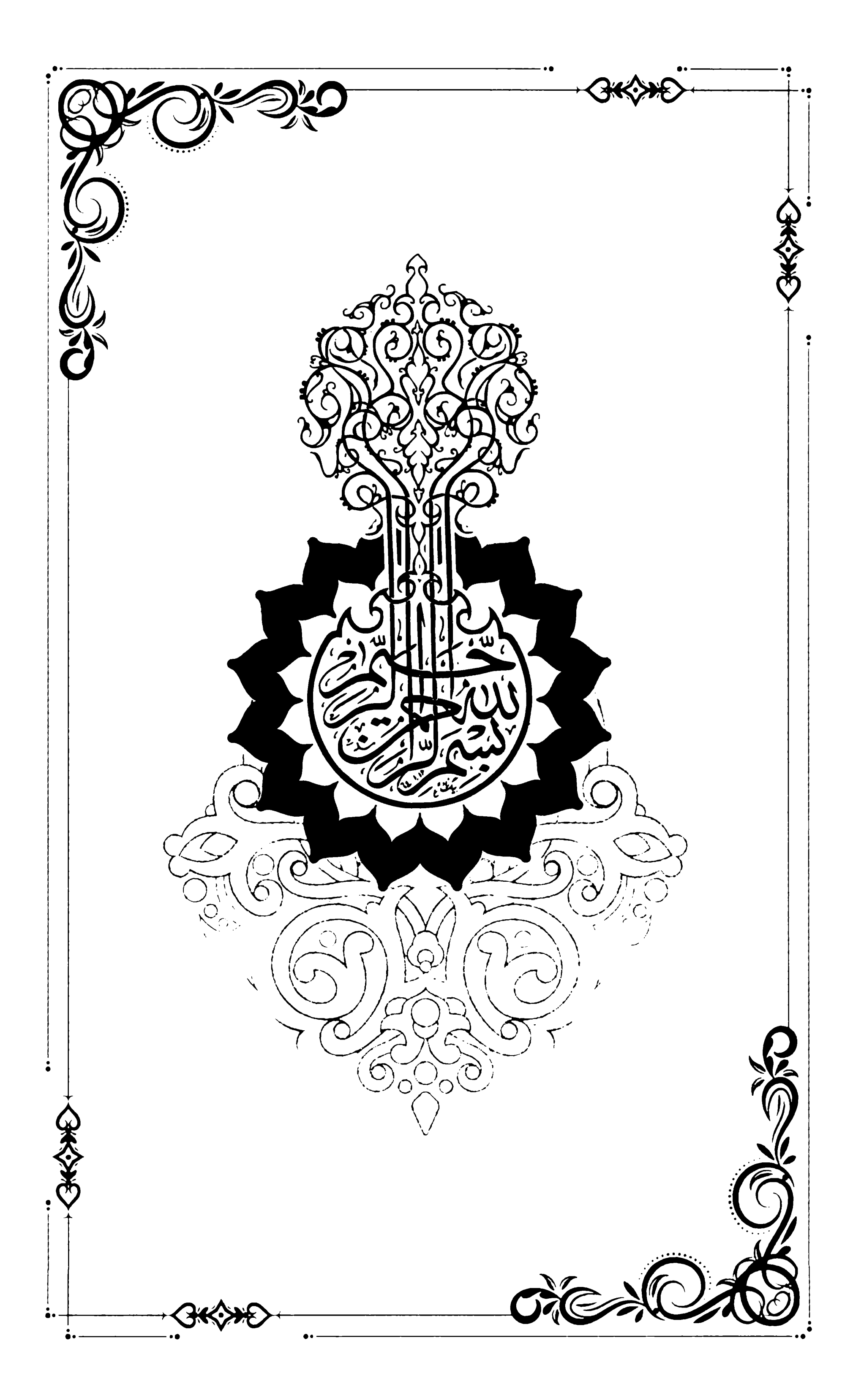
بمشاركة الباحثين بـ

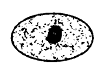
مركز مجمع البحرين للبحث العلمي وتحقيق التراث

المجلد الثامن

كتاب البيوع

مركز مجمع البحرين للتحقيق والبحث العلمي


بسم الله الرحمن الرحيم



باب بيع اللحم باللحم

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (اللَّحْمُ كُلُّهُ صِنْفٌ، وَحْشِيُّهُ، وَإِنْسِيُّهُ، وَطَائِرُهُ، لَا يَحِلُّ فِيهِ الْبَيْعُ حَتَّى يَكُونَ يَابِسًا وَزْنًا بِوَزْنٍ).. وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فِيهَا قَوْلَانِ[1].

وهذا كما قال.. فِي اللُّحمان قولان:

أحدهما: أنَّها أصنافٌ مختلفة، وهو الصحيح، وقد اختاره الشافعي، وقال فِي «الأم»[2]: هذا قول يصح وينقاس، واختاره المزني أيضًا، وبه قال أبو حنيفة.

والقول الثاني: أنه صنفٌ واحدٌ، ووجهه أنه مطعوم، يشترك فِي الاسم الخاص فِي حال حدوث الربا فيه، فوجب أن يكون صنفًا واحدًا فِي الربا، أصله: الطلع، فإنه أول حال الربا فِي هذه التمرة.

وأصحابُنا يقيسون علىٰ التمر، وهذا ليس بصحيح؛ لأن الربا يسبق كونه رطبًا وتمرًا وبسرًا وخلالًا؛ لأن الطلع مطعومٌ يجري فيه الربا، وهذا أول حالته، فوجب أن يقاس علىٰ الطلع، فإن الاسم الخاص وهو الطلع يجمع الجميع.

وفيه احترازٌ من الأدقة، فإنها أجناس مع اشتراكها فِي الاسم الخاص وهو الدقيق، إلا أنَّها ليست أول حال الربا؛ لأن الربا يجري فيها فِي حبوبها ولا يشترك فِي الاسم الخاص، بل لكلِّ شيءٍ منها اسمٌ خاصٌّ ينفرد به، فيقال: بر، وشعير، وذرة، وأرز.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٥).

(٢) الأم (٣/ ٢٦).

وإذا قلنا هي أجناسٌ، فوجهه أنَّها فروع لأصول هي أصناف[1]، فوجب أن تكون الفروع أصنافًا، قياسًا علىٰ الأدقة والأدهان والخلول.

والدليلُ علىٰ أن الحيوان أصناف أن الإبل والطير والغنم لا يضم بعضها إلىٰ بعض فِي الزكاة، فدلَّ علىٰ أنَّها أصناف مختلفة.

فأما الجوابُ عن التعليل للقول الأول، فهو أن الطلع إنما اعتبر اشتراكه فِي الاسم الخاص؛ لأن أصوله لم يثبت لها حُكْم الأصناف، فكان الاعتبار بنفسه، وليس كذلك اللحوم؛ فإن أصولها أصناف، فكان الاعتبار بأصولها كما نقول فِي الأدقة والأدهان والخلول، فإنا اعتبرنا أصولها دون اشتراكها فِي الاسم الخاص.

فإن قيل: هذه الأصول قد ثبت لها حُكْم الأصناف المختلفة فِي الربا، ولم يثبت ذلك للحيوان؛ لأنه لا ربا فيه.

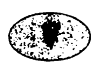
فالجوابُ: أنه قد ثبت لها حُكْم اختلاف الأصناف فِي الزكاة، ولا فرق بين الزكاة والربا؛ فإن حُكْم الصنف الواحد والأصناف فيهما سواء، ألا ترىٰ أن الحنطة لا تضم إلىٰ الشعير فِي الزكاة، ويكونان صنفين مختلفين، وكذلك فِي الربا فلا فرق بينهما.

إذا ثبت هذا، وقلنا إنها صنف واحد، فإن لحم الإبل والبقر والغنم والوحوش كلها والطيور جنس واحد.

وأما السمكُ فالذي نص عليه الشافعي أنه من جنس سائر اللحوم، فقال فِي «كتاب البيوع» وقد ذكر هذا القول[2]: (ومن قال هذا لزمه عندي أن يقوله فِي الحيتان؛ لأن اسم اللحم جامع لهذا القول)، وكذلك قال أبو

---

(١) في (ق): «أجناس».
(٢) الأم (٣/ ٢٧).



إسحاق المروزي فِي «الشرح»، والقاضي أبو حامد[١] فِي جامعه.

وقال أبو علي الطبري فِي «الإفصاح»: ومن قال إن اللُّحمان صنفٌ واحدٌ استثنىٰ الحيتان منها؛ لأن لها اسمًا أخص من اللحم وهو السمك.

واختار هذا الشيخُ أبو حامد الإسفراييني، وقال: إن الشافعيَّ ألزم من قال إن اللُّحمان صنفٌ واحدٌ أن يكون السمكُ منها علىٰ سبيل الإنكار؛ لأنه قال بعد ذلك: (ولزمه إذا أخذه بجماع اللحم أن يقول هذا كجماع الثمر، فيجعل الزبيب والتمر وغيره[٢] من الثمار صنفًا، وهذا مما لا يجوزُ لأحدٍ أن يقوله عندي).

قال القاضي أبو الطيب رَحِمَهُ اللَّهُ: وهذا خلافُ نصِّ الشافعي؛ لأنه ذكر أن اللُّحمان صنفٌ علىٰ أحد القولين، ثم قال: (ومن قال هذا لزمه عندي أن يقوله فِي الحيتان؛ لأن اسم اللحم جامع)[٣]، فجعلها من جملة ما جمعه اسم اللحم.

وقوله بعد ذكر الثمار: «وهذا مما لا يجوزُ لأحدٍ أن يقوله عندي»، يرجع إلىٰ التمر والزبيب، وهو ظاهر كلامه فِي «الأم»[٤].

واعتلالُ الذي حكىٰ عنه أبو علي الطبري بأن السمك اسمٌ خاصٌّ يدخل عليه أن اسم اللحم يجمع بدلالة قوله تعالىٰ: ﴿وَمِن كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [فاطر: ١٢].

وإذا قلنا إن اللُّحمان أصنافٌ، فلحم الإبل صنفٌ واحدٌ عِرابُها وبخاتيها

---

(١) شيخ الشافعية أبو حامد المرورُّوذي؛ أحمد بن بشر بن عامر.

(٢) في (ق): «وغير ذلك».

(٣) أي: جامع لهذا القول.

(٤) الأم (٣/ ٢٧).

وسائر أنواعها، ولحم البقر عِرابُها وجواميسها وسائر أنواعها صنفٌ واحدٌ، ولحم الغنم ضأنها وماعزها صنفٌ واحدٌ، والوحشي من الغنم صنفٌ غير الغنم الإنسي.

قال الشافعي[١]: «وعلىٰ هذا لحمُ أرانب صنف، ولحمُ يرابيع صنف، ولحمُ ضباع صنف، ولحمُ ثعالب صنف، ولحمُ كراكي صنف، ولحم حبارىٰ[٢] صنف، ولحمُ حَجْلٍ صنف».

قال أصحابنا: ولحمُ الحمام صنفٌ، ولحمُ الفواخت صنف، ولحمُ الدجاج صنف، ولحمُ العصافير صنف، وفِي الحيتان كلُّ ما اختص باسم وصفة فهو صنفٌ، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

إذا قلنا اللحوم أصنافٌ، فباع صنفًا بصنف آخر جاز البيع، سواء كانا رطبين أو يابسين، أو أحدهما رطبًا والآخر يابسًا، وزنًا وجِزافًا[٣]؛ لأن التفاضل بينهما جائز، وإذا قلنا هي صنف واحد، أو قلنا اللحوم أصناف، فباع من الصنف الواحد بعضه ببعض، فلا يخلو من أن يكون فِي حال الرطوبة، أو فِي حال اليبس والجفاف:

فإن كان فِي حال الرطوبة، فإن الذي نص عليه أنه لا يجوز، وذكر أبو العباس بن سريج أن فيه قولًا آخر أنه يجوز؛ لأن معظم المنفعة فِي حال رطوبته، فهو بمنزلة اللبن، وهذا القولُ ليس بمشهور، وليس بصحيح؛ لأن للحم حالة يبسٍ يُدخر عليها وهو القديد، ويصلح فِي حال الادخار يابسًا لما

(١) الأم (٣/ ٢٦).

(٢) ويقال: حباريات.

(٣) الجزاف بتثليث الجيم كما في القاموس، وهو بيع الشيء لا يعلم كيله ولا وزنه.

يصلح له فِي حال الرطوبة، فلا يجوزُ بيعُ بعضه ببعض فِي حال الرطوبة، قياسًا علىٰ بيع الرطب بالرطب.

وأما إذا يبس فلا يخلو من أن يكون قد تناهىٰ يبسُه، أو بقيت فيه رطوبةٌ تنقص باليبس فلا يجوزُ بيع بعضه ببعض، ومثل هذا فِي التمر جائز، وهو إذا بلغ أولَ حال الادخار فإنه جائز، وإن كانت فيه رطوبة تنقص فغير جائز، نص علىٰ ذلك فِي البيوع.

وفرق بينهما بأن تلك الرطوبة فِي المكيال لا يبين نقصانُها[١]، ويبينُ فِي الوزن؛ لأن اللحم موزون، وهذا كما قلنا فِي قليل التبن والتراب أنه لا يضر فِي المكيال ويضر فِي الميزان، وقد قيل فِي الفرق بينهما إن رطوبة اللحم فيه مفسِدة، ورطوبة التمر ليست مفسِدة.

وأما إذا تناهىٰ يُبسه وجفافُه فباع بعضه ببعض، فإن كان منزوع العظام جاز قولًا واحدًا، وفِي بيع التمر إذا نزع نواه وجهان؛ **أحدهما**: لا يجوزُ بيع بعضه ببعض، **والثاني**: يجوز.

فإذا قلنا يجوز، فقد سوينا بينهما، وإذا قلنا لا يجوزُ فالفرق بينهما من وجهين، **أحدهما**: أن ترك النوىٰ فِي التمر مصلحة له، وترك العظم فِي اللحم مفسدة؛ لأنه يتغير بما فِي العظم من المخ، ولا يصل إليه الملح، فيكون حكمه حُكْم بيع العسل بعضه ببعض وقد صُفِّي من شمعه، ولأن التمر إذا نُزع نواه تجافىٰ فِي المكيال، فإذا قدر فِي حال الادخار جاز أن يؤدي إلىٰ التفاضل، وليس كذلك اللحم، فإنه لا يتغير بنزع العظم منه.

وأما إذا بيع بعضه ببعض مع العظم، فإن أبا سعيد الإصطخري قال: يجوز كما إذا بيع التمر وفيه النوىٰ، ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يجوز، وحكي ذلك عن أبي إسحاق المروزي؛ لأن ترك العظم ليس من مصلحته، وربما

---

(١) زاد بعده في (ف، ق): «ويبين نقصانها» وهي زيادة لا معنىٰ لها.

كان مفسدة لما فِي العظم من المخ الذي لا يناله الملح، وليس كذلك النوىٰ فِي التمر فإنه مصلحة له.

وأما إذا بيع منه طري بيابس فلا يجوز؛ لأنه يؤدي إلىٰ التفاضل فِي حال الادخار.

ولا يجوزُ بيع لحم مطبوخ بعضه ببعض؛ لأن الطبخ يزيد فيه، فإذا كان فِي حال الادخار جاز أن يتفاضلا، وكذلك المشوي لا يجوزُ بيع بعضه ببعض؛ لأن النار تأخذ من بعضه أكثر مما تأخذ من الآخر، فيؤدي إلىٰ التفاضل فِي حال الادخار، وكذلك لا يجوزُ بيع المشوي بالمطبوخ، [ولا بيع المشوي أو المطبوخ][1] بالنيئ.

فرع

قال فِي «الأم»[2]: وإن كان ببلاد ندية، فكان اللحم إذا أصابه الندىٰ أرطب حتىٰ يثقل، لم يبع بعضه ببعض حتىٰ يعود إلىٰ الجفوف، وإنما كان كذلك لأنه يؤدي إلىٰ التفاضل فِي حال الجفاف، وهذا كما قلنا فِي الحنطة المبلولة أنه يجوز بيعُ بعضِها حتىٰ تجف؛ لأنه يؤدي إلىٰ التفاضل فِي حال الجفاف.

فرع

اللحمُ الأحمرُ والأبيضُ جنسٌ واحدٌ، والأليةُ جنسٌ آخر، والشحمُ الذي فِي الجوف جنس آخر، ونص فِي «رواية حرملة» علىٰ أن اللحم جنس، والشحم جنس آخر، وأراد به الشحم الذي فِي الجوف، فأما الذي علىٰ جنب البهيمة فإنه لحم أبيض وليس بشحم.

---

(١) ليس في (ق).
(٢) الأم (٣/ ٢٦).

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا فيما تقدم أن الألبانَ فيها قولان؛ أحدهما: أَنَّها أصنافٌ مختلفة، والثاني: أَنَّها صنفٌ واحدٌ كاللُّحمان.

ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يُحفظ للشافعي فِي الألبان أَنَّها صنف واحد، وإنما ذكر هذا القول فِي اللُّحمان، ويمكن أن يفرق بينهما، فيقال فِي الألبان أَنَّها أصناف مختلفة قولًا واحدًا، وفِي اللُّحمان قولان؛ لأن الألبان تحدث فِي الحيوان وهو أصنافٌ مختلفة فيكون حُكْم فروعها حكمها، وليس كذلك اللُّحمان فإنها لا تحدث من الحيوان.

وقال أبو إسحاق: يمكن أن يقال لا يجوزُ بيع شاة لبون بشاة لبون، ويجوزُ بيع الشاةِ بالشاةِ إذا لم يكن فيها لبن، ولا ما يمنع ما فيهما من اللحم جواز بيع إحداهما بالأخرىٰ، فدل ذلك علىٰ افتراقِهِما، ثم قال أبو إسحاق: الأقوىٰ تخريجهما علىٰ قولين، والله أعلم بالصواب.



باب بيع اللحم بالحيوان

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ ابْنِ الْمُسَيِّبِ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ جَزُورًا نُحِرَتْ عَلَى عَهْدِ أَبِي بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَجَاءَ رَجُلٌ بِعَنَاقٍ، فَقَالَ: أَعْطُونِي جُزْءًا بِهَذِهِ الْعَنَاقِ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: لَا يَصْلُحُ هَذَا)[١] إِلَى آخِرِ الْفَصْلِ.

وهذا كما قال.. لا يجوزُ عندنا بيع اللحم بالحيوان، وهو مذهب أبي بكر الصِّديق، وبه قال مالك، وفقهاء المدينة السبعة.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: يجوز، وهو اختيار المزني[٢].

وقال محمد بن الحسن: يجوز علىٰ اعتبار اللحم الذي فِي الحيوان، فإن كان أقل من اللحم الذي فِي مقابلته جاز، فيكون مبيعًا بقدره من اللحم، وتكون الزيادة فِي مقابلة جلد الحيوان وسواقطه، كما قال أبو حنيفة فِي بيع الشيرج بالسمسم، والزيت بالزيتون.

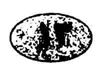
واحتج من نصر أبا حنيفة بقوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

ومن القياس: أنه باع ما فيه الربا بما لا ربا فيه، فأشبه إذا باعه بدراهم أو دنانير، ولأنه باع معدودًا بموزون، فوجب أن لا يكون ربا، أصله: إذا باع الحيوان بالدراهِم أو الدنانير، وإذا باع البيض باللحم، وأيضًا فإن اللحم الذي فِي الحيوان لا اعتبار به؛ لأنه لو كان به اعتبار لما جاز بيع الحيوان

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

(٢) مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٤١) والأوسط (١٠/ ١٢٥).



بالحيوان لاختلاف اللحمين، ولكان لا يجوزُ بيعه بدراهم أو دنانير؛ لأنه غير مذكىٰ، فيكون فِي معنىٰ الميتة، فلما أجمعوا علىٰ جواز بيعه دل علىٰ أنه لا اعتبار به، وإذا ثبت هذا جاز بيعه باللحم.

ودليلنا: الحديثُ الذي ذكرناه أول الباب.

وروىٰ أيضًا يحيىٰ بن سعيد، عن ابن المسيب: أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيع الحي بالميت[١].

فإن قيل: هذا مرسلٌ وأنتم لا تقولون بالمراسيل.

فالجوابُ: أن أصحاب أبي حنيفة يقولون: المرسل أقوىٰ من المسند، وأما عندنا فإن الشافعي قال: إرسال ابن المسيب عندنا حسن[٢]. وقيل: مراسيل سعيد تُتبعت فوجدت كلها مسانيد[٣]، فإذا كان هكذا، فلا نحتاج إلىٰ معرفة من بينه وبين النبي ﷺ؛ لأن الصحابة كلهم عدول[٤].

فإن قيل: نحملُه علىٰ نهي التنزيه.

فالجوابُ: أن حقيقة النهي يقتضي التحريم، ولأن حمله علىٰ التنزيه غيرُ صحيح؛ لأن من أباح بيعه جعله بمثابة سائر البيوع المباحة، وقد روي هذا

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣٠٥٧) والبيهقي (١٠٥٧٠) عن ابن المسيب مرسلًا.

(٢) حكاه البيهقي في المدخل إلىٰ السنن (٨٢٩) وفي مناقب الشافعي (٢/ ٣١).

(٣) حكاه النووي في إرشاد طلاب الحقائق (١/ ١٧٦).

(٤) منهم من قال: مراسيله حجة لأنَّها فتشت فوجدت مسانيد، ومنهم من قال: ليست بحجة عنده بل هي كغيرها وإنما رجح الشافعي به، والترجيح بالمرسل صحيح، قال البيهقي: فالشافعي يقبل مراسيل كبار التابعين إذا انضم إليها ما يؤكدها، فإن لم ينضم إليها ما يؤكدها لم يقبلها، سواء كان مرسل ابن المسيب أو غيره. قال: وقد ذكرنا مراسيل لابن المسيب لم يقل بها الشافعي حين لم ينضم إليها ما يؤكدها، ومراسيل لغيره قال بها حين انضم إليها ما يؤكدها.. حكاه النووي في إرشاد طلاب الحقائق (١/ ١٧٦ - ١٧٨).

الحديث مسندًا من جهة عبد الله بن عمر[١]، وسهل بن سعد[٢]، عن النبيِّ ﷺ.

وأيضًا فإنه إجماع الصحابة؛ لأن أبا بكر رضي الله عنه نحر جزورًا فجاء رجل بعناق، وطلب أن يعطىٰ بها من الجزور، فقال أبو بكر: لا يصلح هذا[٣]. ولا يعرف له مخالف.

فإن قيل: يجوزُ أن يكون الجزور هديًا.

فالجوابُ: أن هذا لم ينقل، فوجب أن يعلق المنع علىٰ السبب الذي ينقل فيه، وهو بيع اللحم بالحيوان، ولأن قوله «لا يصلح هذا» ظاهره بيع اللحم بالعناق، ولو كان من الهدي لم يكن فِي ذلك فائدة؛ لأنه لا يجوزُ بيعه بعناق ولا بغيرها.

ومن طريقِ القياس: أنه باع لحمًا بحيوان فوجب أن لا يجوز، أصله: إذا باع لحم ضبع مذبوح، فإنَّا أجمعنا علىٰ أن ذلك لا يجوز.

فإن قالوا: لحم الضبع ميتة لأن الضبع لا يحل أكله.

فالجوابُ: أنه يحلُّ أكلُه عندنا، وأيضًا فإنه نوع فيه ربا بيع بأصله الذي فيه مثله، فوجب أن لا يجوز، أصلُه: إذا بيع شيرج بسمسم، والشيرج الذي فِي السمسم أكثر أو مثله، والزيت بالزيتون، والزيت الذي فِي الزيتون أكثر منه أو مثله، فإن هذا لا يجوزُ لاتفاقنا جميعًا.

فأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]

---

(١) أخرجه ابن المنذر (٧٩٤٧) عنه موقوفًا.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٠٥٦).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

فهو أنه قال: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ وهذا ربا، علىٰ أن هذه الآية عامة وخبرنا خاص، فهو القاضي عليها.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على بيع الحيوان بالدراهم والدنانير، فهو أنه منتقض بمن باع شاة علىٰ ظهرها صوف بصوف، فإنه لا يجوزُ إلا علىٰ اعتبار الصوف، وإذا باع شاة بشاة صحَّ البيع، ولا اعتبار بما عليها من الصوف، ثم المعنىٰ فِي الأصل أنه ليس فِي الحيوان من جنس عوضه الذي هو الدراهم والدنانير، وليس كذلك هاهنا، فإن فِي الحيوان من جنس اللحم الذي فِي مقابلته فكان بمنزلة الشيرج بالسمسم والزيت بالزيتون، علىٰ أن السنة مقدمة علىٰ القياس.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على اللحم بالبيضِ بعلةِ أنه بيع معدود بموزون، فهو أنه منتقض بلب الجوز بالجوز؛ فإن اللب موزون والجوز معدود، ولا يجوزُ بيع ذلك إذا كان اللب الذي فِي الجوز أكثر من اللب الذي فِي مقابلته أو مثله عند أبي حنيفة، علىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل أن البيض ليس من جنس اللحم، وليس كذلك فِي مسألتنا.

وأما الجوابُ عن قولِهِم لا اعتبار باللحم الذي فِي الحيوان، فهو أن هذا إذا بيع [بغير اللحم، فأما إذا بيع باللحم وجب اعتبار اللحم الذي فيه، ألا ترىٰ أنه إذا بيع][1] سمسم بسمسم لم يعتبر الشيرج الذي فيه، وإذا بيع بشيرج وجب اعتباره.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه، فإذا بيع الحيوانُ بجنسه من اللحم، مثل أن يبيع شاةً

---

(١) ليس في (ق).

بلحم شاة، وبقرةً بلحم البقر، فإنه لا يجوزُ قولًا واحدًا، وإن باع شاة بلحم بقرة وبقرة بلحم شاة أو جمل، فإذا قلنا اللُّحمان كلُّها جنسٌ واحدٌ لم يجز البيع أيضًا قولًا واحدًا، وإذا قلنا أجناسٌ مختلفةٌ ففيه قولان؛ **أحدهما**: لا يجوز؛ لعموم السنة، وهو مذهب أبي بكر الصديق، **والثاني**: يجوز؛ لعدم الربا فيه.

وكذلك إذا باع لحمًا مذكىٰ بحيوان لا يؤكل لحمه مثل الحمار، والبغل، والعبد، ففيه قولان؛ أحدهما: لا يجوز، لعموم السنة، والثاني: يجوز لعدم الربا.

وإذا باع سمكةً بلحم شاة أو بقرة أو جمل، أو باع حيوانًا بسمكة، فإذا قلنا السمكُ من جنس سائر اللحوم لم يجز، وإذا قلنا إنه جنسٌ آخر، ففيه قولان؛ أحدهما: لا يصح، لعموم السنة، والثاني: يجوز، لعدم الربا.

فرع

إذا باع دجاجةً فيها بيضٌ ببيض لم يصح قولًا واحدًا؛ لأن فِي الحيوان من جنس البيض الذي بيع به، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

لا يجوزُ للمسلم أن يشتريَ من الحربي درهمًا بدرهمين، ولا قفيزًا من طعام بقفيزين، والربا فِي دار الحرب ودار الإسلام سواء، ولا فرق أيضًا بين مسلمين وبين مسلم وحربي.

وقال أبو حنيفة: إذا باع حربي من مسلم فِي دار الحرب درهمين بدرهم، أو قفيزًا من طعام بقفيزين جاز، وحكي عنه أنه قال فِي رجلين أسلما فِي دار الحرب، ولم يخرجا إلىٰ دار الإسلام، فتبايعا درهمًا بدرهمين أنه يجوز.

واحتج من نصره بأن مالَ الحربي فِي دار الحرب مباحٌ، وليس بملك

للحربي؛ لأن كل من أخذه ملكه، فإذا دخل المسلم إليهم بأمان، وصار كلُّ واحدٍ منهم آمنًا من صاحبه، فإذا باع ما فِي يده منه زال التحريم وعاد إلىٰ الإباحة، فيأخذه مباحًا (ولا يأخذه)[١] بالبيع.

ودليلنا: قوله تعالىٰ: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقول النبي ﷺ: «**لا تبيعُوا الذهبَ بالذهبِ ولا الورقَ بالورقِ**»[٢] إلىٰ آخر الخبر «**إلا سواءً بسواءٍ عينًا بعينٍ يدًا بيد**»[٣] ولم يفرِّق بين دار الحرب ودار الإسلام، فهو علىٰ عمومه.

ومن القياس: أن كل ما كان ربا فِي دار الإسلام كان ربا فِي دار الحرب، أصله: إذا تبايع مسلمان، فإنه إذا كان ذلك فِي دار الإسلام أو دار الحرب لم يجز، فكذلك إذا تبايع مسلم وحربي ولم يجز فِي دار الإسلام، وجب أن لا يجوزُ فِي دار الحرب.

وأيضًا، فإنه جنسٌ يجري فيه الربا بيع بعضُه ببعض متفاضلين، فوجب أن يكون ربا، أصله: إذا تبايع مسلم وحربي فِي دار الإسلام.

وأيضًا، فإن هذه المسألة مبنية علىٰ أن الحربي له ملك صحيح، والدليلُ عليه أنه حر، فجاز أن يملِكَ المال، أصلُه: ما ذكرنا، وفيه احترازٌ من العبد فإنه لا يملكُ عقد النكاح بنفسه.

فإن قيل: لو كان يملكُه ما جاز أخذه منه وتملكه بغير رضاه.

[**فالجوابُ:** أنه يجوز لصاحب الدين أن يأخذ مال مَن عليه الدين مِن جنس دينه، ولا يحتاج إلىٰ رضاه، وكذلك من استحق علىٰ غيره النفقة جاز

---

(١) في (ق): «والإباحة».

(٢) أخرجه مسلم (١٥٨٤) عن أبي سعيد رضي الله عنه.

(٣) أخرجه مسلم (١٥٨٧) عن عبادة رضي الله عنه.

أن يأخذ قدر نفقته بغير رضاه][1]، وملكه ثابت عليه، كما قال النبيُّ ﷺ لهند: «خُذِي ما يكفيكِ وولدَكِ بالمعروفِ»[2].

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بأنه يأخذه إباحة ولا يأخذه بيعًا، فهو أنه يُنتقض بالحربي إذا دخل دار الإسلام بأمان، ثم باع من مسلم درهمين بدرهم، أو قفيزين من طعام بقفيز.

وجوابٌ آخر، وهو أن الأمان لم ينتقض فِي المال الذي بذله الحربي عوضًا، والدليلُ عليه: أن مال المسلم فِي أمان منه، وإذا كان أمانُ المسلم منه ثابتًا، كان أمانُه من المسلم ثابتًا، ولا فرق بينهما، وإذا كان الأمانُ ثابتًا وجب أن يكون البدلُ علىٰ الوجه الذي بذله وهو المعاوضة، فسقط ما قالوه.



---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٢) أخرجه البخاري (٥٣٦٤) ومسلم (١٥٨٤) عن عائشة رضي الله عنها.

باب ثمر الحائط يباع أصله من كتب

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﵁: (أَخْبَرَنَا ابْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ الزُّهْرِيِّ، عَنْ سَالِمٍ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا لَمْ تُؤَبَّرْ فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ» قَالَ: فَإِذَا جَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ الْإِبَارَ حَدًّا لِمِلْكِ الْبَائِعِ، فَقَدْ جَعَلَ مَا قَبْلَهُ حَدًّا لِمِلْكِ الْمُشْتَرِي)[1].

وهذا كما قال.. إذا باع نخلةً مطلعة، فإن كان قد أبَّر الطلع، فالثمرة للبائع، إلا أن يكون المشتري قد اشترطها، فإن لم يكن قد أبَّر الطلع فالثمرة للمشتري، إلا أن يكون البائع قد اشترط أن تكون له.

وقال ابنُ أبي ليلىٰ[2]: تكون الثمرة للمشتري، سواء أبَّرها أو لم يؤبرها.

وقال أبو حنيفة: تكون الثمرة للبائع، سواء أبَّرها أو لم يؤبرها.

واحتج من نصر ابن أبي ليلى بأن الثمرة متصلةٌ بالأصل اتصال الخِلْقة، فوجب أن تكون تابعةً للأصل، أصله: السعف.

ودليلنا: الخبر الذي ذكرناه أول الباب، وأيضًا روي أن رجلًا باع من رجل نخلة، فاختلفا في ثمرتها، فقال البائع: الثمرة لي، وقال المشتري: بل الثمرة لي، فتحاكما[3] إلىٰ النبي ﷺ، فجعل الثمرة لمن أبَّرها[4]، فدلَّ علىٰ أن البائع إذا أبَّرها كانت الثمرة له.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

(٢) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ الفقيه المقرئ، من أصحاب الرأي، وولي القضاء.

(٣) في (ف): «فتخاصما».

(٤) أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار (١١١٥٠) عن عطاء مرسلًا، وينظر البدر المنير (٦/ ٥٧٥).

ومن القياس: أنه نماءٌ كامنٌ لظهوره غاية، فوجب أن لا يتبع أصله بعد ظهوره، وأصله: الحمل إذا ظهر وانفصل.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على السعف، فهو أن السعف من الشجرة، واسم النخلة يتناول السعف، فإذا كان كذلك لم يكن السعف تابعًا وإنما يكون داخلًا فِي البيع بالتسمية، كما إذا قال «بعتُك هذه الجارية» دخلت أعضاؤها فِي البيع بالتسمية لا علىٰ طريق البيع، وليس كذلك الطلع، فإن اسم النخلة لا يتناوله؛ لأنه نماء الثمرة، كما لا يتناول اسمُ الأم الولدَ الذي هو نماؤها، ولا يتناول اسمُ الأرض الزرعَ والحبَّ اللذان هما نماؤها.

• فَصْلٌ •

وأما من نصر أبا حنيفة، فاحتج بأن الطلعَ ثمرةٌ لا تتبعُ أصلها فِي الرهن، فوجب أن لا تتبع أصلها فِي البيع، أصله: إذا كانت مؤبَّرة، وأيضًا فإنها ثمرة يجوز إفرادُها بالبيع، فوجب أن لا تكون تابعةً لأصلها فِي البيع، أصله: الثمرة المؤبرة، وأيضًا فإن الثمرة التي تخرج بارزة والزرع فِي الأرض لا يتبع أصلها، وكذلك ثمرة النخل، ولا فرق بينهما.

ودليلنا: ما روىٰ ابنُ عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن رسولِ الله ﷺ قال: «**مَن باعَ نخلًا بعدَ أن تُؤَبَّر فثمرتها للبائعِ إلا أن يشترطَ المبتاعُ**»[1]؛ وفيه دليلان:

أحدهما: من دليل الخطاب، وهو أن النبي ﷺ شرط فِي ملك البائع الثمرة أن تكون بعد التَّأبير، فدل علىٰ أنَّها قبل التأبير للمشتري.

والثاني: أن قوله ﷺ: «**مَن باعَ نخلًا بعد أن تُؤَبَّر فثمرتُها للبائعِ**» شرطٌ وجزاء؛ لأن (مَن) مِن حروف الشرط، فوجب أن يكون التأبير شرطًا فِي

(١) أخرجه البخاري (٢٢٠٤) ومسلم (١٥٤٣).

الاستحقاق[1]، ولا يجعل وجوده وعدمه سواء، وهذا احتجاجٌ بلفظ الخبر دون دليل الخطاب.

وأيضًا روي أن رجلًا باع من رجل نخلةً، فاختلفا فِي ثمرتها، فقال البائع: الثمرة لي، وقال المشتري: بل الثمرة لي، فتحاكما إلىٰ النبي ﷺ فجعل الثمر لمن أبرها[2]. ذكر هذا الحديثَ أبو إسحاق فِي «الشرح»، وأبو علي الطبري فِي «المحرر»، وهذا نصٌّ فِي اعتبار التأبير.

ومن القياس: أنه نماءٌ كامنٌ لظهوره غاية، فوجب أن يكون قبل ظهوره تابعًا لأصله، أصله: الحمل.

فإن قيل: لا يجوزُ اعتبار الطلع بالحمل؛ لأن الطلع لو كان بمنزلة الحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشتري، وإن كانت قد ظهرت؛ لأنَّها متصلةٌ بالأصل.

فالجوابُ: أنَّها إذا كانت كامنةً فِي الطلع فإنها بمنزلة الحمل، لا أصل لها غيره، وأما إذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شبهًا من الولد المنفصل عن الأم؛ لأنَّها ظاهرةٌ كالولد الظاهر، وأخذت شبهًا من الجنين؛ لأنَّها متصلةٌ بالأصل،كاتصال الجنين بالأم، وليس أحدُهما بأولىٰ من الآخر، فتعارضا وبقيت الثمرة علىٰ ملك البائع كما كانت.

فإن قيل: لا يجوزُ اعتبار الطلع بالحمل من وجه آخر، وهو أنه لا يجوزُ للبائع استثناء الحمل لنفسه، ويجوز للبائع استثناء الطلع لنفسه.

فالجوابُ: أن هذا غيرُ صحيح؛ لأنه يجوز للبائع استثناء السعف وأغصان الشجرة من البيع، وإذا لم يستثن دخل فِي البيع.

---

(١) في (ف، ق): «استحقاق».

(٢) سبق تخريجه في الصفحة الماضية.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على المؤبَّرة، فمن وجوه:

أحدها: أن الشافعي قال فِي القديم: يدخل الطلع فِي الرهن تابعًا لأصله، فعلىٰ هذا سقط الأصل.

والثاني: أنه لا يجوزُ اعتبار البيع بالرهن؛ لأن الرهن لا يزيل الملك ولا يستتبع الطلع، والبيعُ يزيل الملكَ عن الأصل فيستتبع الأصل.

والثالث: أن المعنىٰ فِي الأصل أن الثمرة ظاهرة فأخذت شبهًا من الولد المنفصل فِي بروزها، وأخذت شبهًا من الجنين فِي اتصالها، فتعارض الشبهان فسقطا، وبقَّيناها علىٰ حُكْم الأصل، وهو ملك البائع، وليس كذلك إذا كانت الثمرةُ كامنةً، فإنه لا أصل لها إلا الولد المستَجَنَّ فِي الجوف، فوجب إلحاقُها به.

وأما الجوابُ عن القياس الآخر، فهو أن أبا إسحاق المروزي قال: لا يجوزُ إفراده بالبيع؛ لأن المقصود مغيبٌ فيما لا يدخر فيه، فهو بمنزلة بيع الجوز فِي القشرة العليا وبيع الحنطة فِي السنبل، فعلىٰ هذا سقط القياس.

وجوابٌ آخر، وهو أن جواز إفراده بالبيع لا يدل علىٰ أنه لا يتبع الأصل، ألا ترىٰ أن من باع دارًا فيها نخلة دخلت النخلة فِي البيع علىٰ طريق التبع، ويجوز إفراد النخلة بالبيع، وعلىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل ما ذكرناه.

وأما الجوابُ عن (الثمرة والزرع، فهو)[1] أنهما ظاهران متصلان بالأصل، فقد أخذا شبهًا من الجنين ومن الولد المنفصل فتعارضا، وبقَّيناهما علىٰ ملك البائع كما كان، والله أعلم بالصواب.

---

(١) في (ق): «القياس الآخر».

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه، فكلُّ عقد معاوضة بمنزلة البيع، مثل أن يتزوج امرأة على نخلة مطلعة، أو تخالعه على نخلة مطلعة، أو يستأجر دارًا مدة معلومة بنخلة مطلعة.

وأما إذا انتقل ملكُ النخلة من غير عقد معاوضة، مثل أن يشتري رجلٌ من رجل نخلة حائلًا، فتطلع فِي ملك المشتري، ثم يفلس بالثمن، فيرجع البائع بالنخلة، فهل يرجع بالطلع معها قبل التأبير أم لا؟ فِي ذلك قولان:

أحدهما: يرجع بالطلع معها؛ لأن ذلك إزالة ملك عن الأصل، فوجب أن يستتبع الطلع قياسًا علىٰ البيع.

والثاني: يرجع بالأصل دون الطلع؛ لأن ذلك ليس بعقد معاوضة، فوجب أن لا يستتبع الطلع، أصله: إذا طلق زوجته قبل الدخول وقد أطلعت النخلة فِي يدها، فإن الزوج يرجع بنصف النخلة ولا يرجع بالطلع.

وإذا وهب نخلةً مطلعة ولم يؤبِّرها ثم سلَّمها فهل يدخل الطلع فِي الهبة؟ علىٰ قولين؛ لأنَّها إزالة ملك عن الأصل بغير عقد معاوضة.

وهكذا إذا وهب الأبُ لابنه نخلة حائلة، ثم أطلعت فِي يد الابن، ورجع الوالد فِي النخلة، فهل يرجع فِي الطلع؟ علىٰ قولين.

وأما إذا رهن نخلة مطلعة قبل التأبير، فقد قال فِي الجديد: لا يدخل الطلع فِي الرهن؛ لأن الرهن لا يزيل الملك، ويخالف ما ذكرناه من البيع وغيره؛ لأنه يزيل الملك فاستتبع الطلع، وكان يقول فِي القديم: يدخل الطلع فِي الرهن علىٰ طريق التبع، ثم رجع عنه فِي الجديد.

وأما إذا طلق امرأته قبل الدخول بها وقد أصدقها نخلة حائلًا، وأطلعت

فِي ملكها، ولم تؤبر حتىٰ طلقها، فإنها لا ترجع بالطلاق؛ لأن الصداق إذا كان زائدًا زيادةً غير متميزة كالسِّمن والكِبَر والصَّنعة لم يرجع به، وإنما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها، فإذا لم يجز أن يرجع بالزيادة التي لا تتميز، فلأن يرجع بالطلع أولىٰ، فإن أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع كان له ذلك، ويترك الطلع إلىٰ أوان الجذاذ.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﵁: (وَأَقَلُّ الْإِبَارِ أَنْ يُؤَبِّرَ شَيْئًا مِنْ حَائِطِهِ، وَإِنْ لَمْ يُؤَبِّرْ الَّذِي إِلَى جَنْبِهِ فَيَكُونُ فِي مَعْنَى مَا أُبِّرَ كُلُّهُ)[١].

وهذا كما قال.. الإبار مخففٌ ولا يجوزُ تشديدُه، ويقال أَبَّر بالتشديد وبالتخفيف، فيقال: أَبَّر النخل يؤبِّر تأبيرًا، وأَبَرَها يَأْبِرُها أبرًا.

إذا ثبت هذا، فإنه إذا أبر بعض ما فِي البستان - ولو نخلة واحدة - صار الباقي فِي معنىٰ المؤبر، فإذا باع نخل البستان كانت الثمرة كلها للبائع، والدليلُ علىٰ ذلك قوله ﷺ: «**من باع نخلًا بعد أن تُؤبَّر فثمرتُها للبائع**»[٢] وبتأبير بعضها يحصلُ لها اسمُ التأبير، فوجب أن تكون الثمرةُ للبائع بظاهر الخبر.

قال أبو إسحاق المروزي: ولأنا لو قلنا إن الباقي لا يصير مؤبرًا، لأدىٰ إلىٰ اشتراك الأيدي فِي البستان، فإن الثمرة فيما أُبر تكون للبائع، وفيما لم يؤبر تكون للمشتري، وفِي ذلك ضرر.

وأيضًا فإن بدو الصلاح فِي بعضها يكون بمنزلة بدو الصلاح فِي جميعها، فكذلك فِي التأبير، وأيضًا فإن ما لم يؤبر باطنٌ وما أُبر ظاهر، وقد

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٠٤)، ومسلم (١٥٤٣) عن ابن عمر ﵄.

يتبع الباطنُ الظاهرَ كما نقول: إن أساس الدار وأطراف الخشب التي فِي البناء يصحُّ بيعها، مع الجهالة التي فيها.

إذا ثبت هذا، فإن كانت الثمرة نوعًا واحدًا فالحكم فيه ما ذكرنا، وإن كانت أنواعًا مختلفة ففيها وجهان؛ أحدهما: أنه يكون تأبيرًا فِي جميع الأنواع - وهو الصحيح - وقال أبو علي بن خيران[1]: لا يكون تأبيرًا إلا فِي نوعه؛ لأن الأنواع يختلفُ إدراكها وتتفاوتُ، والنوعُ الواحدُ يتقارب، والأولُ هو الصحيح؛ لأنه يؤدي إلىٰ اشتراك الأيدي فِي البستانِ الواحدِ وهذا فيه إضرار.

هذا كلُّه إذا باع الجميع، فأما إذا باع بعض النخل نُظِرَ، فإن باع التي أبرها كانت الثمرة للبائع، وإن باع التي لم يؤبرها ففيه وجهان؛ **أحدهما**: أن الثمرةَ تكونُ للبائع؛ لأن تأبير البعض بمنزلة تأبير جميع ما فِي البستان، **والثاني**: أن الثمرةَ تكونُ للمشتري؛ لأنه إنما يتبع ما أبرها إذا باعها معها.

فأما إذا أفردها بالبيع لم يجز أن تكون تابعةً لما لم يدخل معها فِي البيع، وأما إذا أبر بعضها ثم باع الجميع ثم أطلع بعض النخيل فِي ملك المشتري، ففيه وجهان؛ **أحدهما**: أنه يكونُ للبائع؛ لأن الطلع الذي يمكن تأبيره أولىٰ أن يكون تابعًا، ولأن تأبير البعض يجعلُ باقي الثمرة فِي هذا العام للبائع، وهذا الطلعُ الحادثُ من ثمرة هذا العام، **والوجه الثاني**: يكونُ للمشتري؛ لأنه حدث فِي ملكه.

هذا إذا كان البستانُ واحدًا، فأما إذا كان بستانان فأبَّر بعضَ نخيل أحدهما، فإنه لا يكون تأبيرًا للبستان الآخر؛ لأنه لا يؤدي إلىٰ اشتراك الأيدي فِي البستانين، ويؤدي إلىٰ ذلك فِي البستان الواحد، ففرقنا بينهما، كما فرقنا فِي الشفعة بين ما قُسِم وبين ما لم يُقسم، والله أعلم.

---

(١) الحسين بن صالح بن خيران ، أحد أركان المذهب، من كبار الأئمة ببغداد.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَلَوْ تَشَقَّقَ طَلْعُ إِنَاثِهِ مِنْهُ، فهو فِي مَعْنَى مَا أُبِّرَ كُلُّهُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا تشقق طلعُ إناثه أو شيء منه، فهو بمنزلة ما لو تشقق بالتأبير؛ لأن الاعتبار بظهور الثمرة، فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج، أو تشقق بالرياح اللواقح، وهو أن تكون فحولُ النخل فِي ناحية الصَّبا، فتهب فِي وقت الإبار، فإن الإناث تتأبر بروائح طلع الفحول.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَإِنْ كَانَ فِيهَا فُحُولُ نَخْلٍ بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ الْإِنَاثُ، فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ)[٢].

وهذا كما قال.. اعترض معترضٌ، فقال: قول الشافعي: «فحول نخل» خطأ؛ لأنه لا يقال فِي النخل فحل ولا فِي جمعه فحول، وإنما يقال فِحال وجمعه فحاحيل.

والجوابُ: أن كل واحد منهما جائز فِي اللغة، وقد ورد به الشعر، فقال الشاعر[٣]:

تَأَبَّرِي يَا خِيرَةَ الْفَسِيلِ　　　تَأَبَّرِي مِنْ حَنَذٍ فَشُولِي

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

(٣) هو أحيحة بن الجلاح، ينظر: إصلاح المنطق (ص ٦٧) والزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص ١٣٦) وقوله شولي: أي ارتفعي وطولي إذا ضن أهل النخل بالفحول، أي لم يعطوه طلع الفحول وهو ما يلقح به.

إذْ ضَنَّ أهلُ النَّخْلِ بالفُحُولِ

إذا ثبت هذا، فقد اختلف أصحابُنا فِي طلع الفحل، فمنهُم مَن قال: لا يعتبر فيه التشقق وظهور الثمرة؛ لأن المقصود هو الطلع، وهو ثمرته؛ لأنه لا يحصل منه رطب، فإذا باع نخلة مطلعة من الفحول فالطلع للبائع، سواء تشقق أو لم يتشقق، ويكون بمنزلة بيع شجرة لها ثمرة بارزة كالتين ونحوه، ومنهُم مَن قال: يعتبر فيه التشقق؛ لأنه يتشققُ فِي العادة، وتظهر ما فيه من ثمرة، وينتفع بها فِي الكش والتلقيح، فهو بمنزلة الإناث.

إذا ثبت هذا، فإن باع نخلًا بعضها إناث وبعضها فحول، فإن كان قد تشقق طلع إناثه، فجميعُ الثمرة للبائع، وإن لم يتشقق طلعُ الإناث ولا طلع الفحول، فإن قلنا الفحولُ كالإناث فإن الثمرة تكون للمشتري، وإن قلنا الفحولُ لا يعتبر فيها تشققُ الطلع، فإن طلع الفحول يكون للبائع ويكون طلع الإناث للمشتري.

وإن تشقق طلعُ الفحول دون طلع الإناث وقلنا الفحولُ والإناثُ سواء فِي اعتبار التشقق، كانت الإناث تابعة للفحول والثمرة للبائع.

وإن قلنا لا يُعتبر فِي الفحول التشقق، فإن ظهور الثمرة وعدمه سواء، أو تكون ثمرة الفحل للبائع وثمرة الإناث للمشتري، ولا تتبع الإناثُ الفحولَ علىٰ هذا الوجه؛ لأنه إذا لم يُعتبر فيها التشقق فهي بمنزلة شجرة فِي البستان عليها تين، فإذا بيعت الشجرة مع النخل، فالتينُ للبائع وثمرة النخل قبل التأبير للمشتري.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: (وَالْكُرْسُفُ إِذَا بِيعَ أَصْلُهُ كَالنَّخْلِ إِذَا خَرَجَ جَوْزُهُ وَلَمْ

يَتَشَقَّقْ، فهو لِلْمُشْتَرِي، وَإِذَا تَشَقَّقَ، فهو لِلْبَائِعِ)[١].

وهذا كما قال.. الكرسُفُ هو القطن، وهو ضربان:

ضربٌ له أصلٌ ثابتٌ يبقىٰ سنين كثيرة يحمل فِي كل سنة، وذلك بالبصرة وبأرض الحجاز، وحكمه حُكْم النخل، فإذا باع أصله وقد خرج جوزه فإن كان قد تشقق فالقطن للبائع، إلا أن يشترط المشتري، وإن لم يكن تشقق، فهو للمشتري إلا أن يشترطه البائع لنفسه.

والضربُ الثاني: أن يكون زرعًا لا أصل له ثابت، مثل أن يكون ببغداد وخراسان، فهو إذا بيعت الأرض وفيها القطن، نُظِر، فإن كان زرعًا أو جوزًا لم يشتد فإنه للبائع، إلا أن يشترطه المشتري فيصح شرطه، وإن كان قد قوي وتشقق وظهر القطن، فإنه يكون أيضًا للبائع إلا أن يشترطه المشتري فيكون له.

وإن كان قد (قوي جوزه واشتد)[٢] ولم يتشقق ولم يظهر القطن، فإنه يكون للبائع، والأرض للمشتري، فإن شرط المشتري أن يكون القطن له لم يصح شرطه؛ لأن القطن مقصود، وهو مغيب فيما لا مصلحة له فيه، فإذا كان كذلك لم يصح شراؤه، فبطل البيع فيه.

وهل يبطل فِي الأرض؟ فِي ذلك قولان، بناء علىٰ تبعيض الصفقة، وهكذا إذا باع أرضًا وفيها حنطة، قد أخرجت السنبل واشتد، وشرط السنبل للمشتري، فإن البيع يبطل فِي السنبل، وهل يبطل فِي الباقي؟ قولان، ويأتي ذكر ذلك بعد إن شاء الله تعالىٰ.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

(٢) في (ق): «قوي واشتد جوزه واشتد».

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَيُخَالِفُ الثِّمَارُ مِنَ الْأَعْنَابِ وَغَيْرِهَا النَّخْلَ، فَتَكُونُ كُلُّ ثَمَرَةٍ خَرَجَتْ بَارِزَةً تُرَى فِي أَوَّلِ مَا يَخْرُجُ كَمَا تُرَى فِي آخِرِهِ، فهو فِي مَعْنَى ثَمَرِ النَّخْلِ بَارِزًا مِنَ النَّخْلِ، فَإِذَا بَاعَهُ شَجَرًا مُثْمِرًا، فهو لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ؛ لِأَنَّ الثَّمَرَ[1] فَارَقَ أَنْ يَكُونَ مُسْتَوْدَعًا فِي الشَّجَرِ، كَمَا يَكُونُ الْحَمْلُ مُسْتَوْدَعًا فِي الْأَمَةِ)[2].

وهذا كما قال.. الشجرةُ الثانيةُ التي لها حمل فِي كل سنة خمسة أضرب:

أحدها: مثلُ النخل والكرسف، وقد ذكرنا حكمه.

والثاني: تخرجُ الثمرة بارزة لا تكون فِي كمام ولا ورد، وذلك مثل: العنب، والتين، وما أشبه ذلك، فإذا باع أصل العنب والتين، فإن كان قد خرجت الثمرة فهي للبائع، إلَّا أن يشترط المبتاع، وإن لم تكن خرجت، وإنما خرجت فِي ملك المشتري، فهي للمشتري، ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع، وظهور القطن من الجوز.

والثالثُ: ثمرة تخرج فِي ورد فإذا باع الأصول، وقد خرج وردها وتناثر، وظهرت الثمرة فهي للبائع، إلا أن يشترط المبتاع.

وإن لم يتناثر وردها، ولم تظهر الثمرة ولا بعضها، فإن الثمرة للمشتري؛ لأن الثمرة مغيبة فِي الورد وتظهر وتتناثر، هكذا قال أبو إسحاق فِي «الشرح»، والقاضي أبو حامد[3] فِي جامعه.

---

(١) في (ق): «الثمن»، وهو تحريفٌ.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

(٣) شيخ الشافعية أبو حامد المرورُّوذي؛ أحمد بن بشر بن عامر.

ونص عليه الشافعي فِي «مختصر البويطي»[1] فقال: (حكم الإبار فِي التفاح والفِرْسِك[2] إذا خرج من الورد وتحبَّب) وهذا نص.

وقال فِي كتاب «الصرف»[3]: (ما كان من الثمر يطلعُ كما هو لا كمام عليه، أو يطلع عليه كمام ثم لا تسقط كمامه، فطلوعه كإبار النخل؛ لأنه ظاهر) وهذا أيضًا نص فيه.

وغلط الشيخ أبو حامد الإسفراييني فقال: ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة -علىٰ مذهب الشافعي- ويكون للبائع.. واحتج بأن الشافعي قال: (حكمُ كلِّ ثمرة خرجت بارزة تُرىٰ فِي أول ما تخرج، كما ترىٰ فِي آخره)[4]، فهو فِي معنىٰ ثمر النخل بارزًا من الطَّلْع، وغلط فيه؛ لأن هذا أراد به ما لا ورد له، وإنما يخرج بارزًا مثل العنب والتين وما أشبه ذلك؛ لأن هذا هو الذي يخرج بارزًا، وأما ما يخرج فِي الورد فليس ببارز، وإنما هو فِي جوف الورد، وقد فسر ذلك فِي الصرف، وذكرت لفظه، فسقط قول هذا القائل.

والضربُ الرابع: أن تخرج الثمرة فِي كمام، مثل الجوز، واللوز، والرَّانِج، فإنه يخرج فِي الشجر كما يخرج التين والعنب، لكن عليه القشر الذي ينحىٰ ولا يبقىٰ عليه عند الادخار، وقد نص الشافعي فِي «الأم»[5] علىٰ أنه للبائع، ولا يكون تابعًا لأصله، فقال: (وإذا باع رجل أرضًا، فيها شجر رمان، ولوز، وجوز، ورانج، وغيره مما دونه قشر يواريه، إذا ظهرت ثمرته، فالثمرة للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع، وذلك أن قشر هذا لا يتشقق عما فِي أجوافه).

---

(١) نقله السبكي في تكملة المجموع (١١/ ٣٧٦).

(٢) الفرسك هو الخوخ.

(٣) الأم (٣/ ٨٤).

(٤) الأم (٣/ ٤٣).

(٥) الأم (٣/ ٤٤).

وغلط الشيخ أبو حامد أيضًا، فقال: الجوز يتشقق قشره الفوقاني عنه ويسقط ويظهر السفلاني، فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل، فإن لم يكن تشقق، فهو للمشتري، وإن كان قد تشقق، فهو للبائع، وهذا خلاف نصه؛ لأن الشافعي رضي الله عنه قال: (تشقق القشر من هذا ليس من صلاحه إذا كان على رؤوس الشجر؛ لأنه كتشقق الرمان الذي ليس فيه صلاحه).

والضرب الخامس: ما يقصد [ورده، مثل شجر الورد، والياسمين، والنسرين، والنرجس، والبنفسج، وغير ذلك مما يبقى][1] أصله فِي الأرض، ويحمل حملًا بعد حمل، فإذا بيع أصلُه، نُظِر، فإن كان ورده قد تفتح، فهو للبائع، وإن لم يفتح وإنما هو جُنْبُذ[2]، فهو للمشتري.

وإذا باع أصل التوت وقد خرج ورقه ففيه وجهان؛ مِن أصحابِنا مَن قال: إن لم يكن تفتح، فهو للمشتري، وإن كان تفتح، فهو للبائع، ومنهُم مَن قال: يكون للمشتري سواء تفتح أو لم يتفتح؛ لأنه من الشجرة كالأغصان وليس من الثمرة، وإنما ثمرته هي الثمرة الحلوة، والثمرة المرة هي التوت الشامي.

وإذا باع أرضًا وفيها زرع يسقي عروقه ويجز مرة بعد مرة، فإن كان مجزوزًا، فهو للمشتري، وما ينبت يكون فِي ملكه، وإن لم يكن مجزوزًا وكان ظاهرًا فالجزة الأولى للبائع، والباقي للمشتري، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: (وَمَعْقُولٌ إِذَا كَانَتْ الثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ أَنَّ عَلَى الْمُشْتَرِي تَرْكَهَا فِي شَجَرِهَا إِلَى أَنْ تَبْلُغَ الْجِدَادَ، أَوْ الْقِطَافَ، أَوْ اللِّقَاطَ فِي الشَّجَرِ)[3].

---

(١) ليس في (ق).

(٢) الجُنْبذ، وهو المرتفع من كل شيء.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

وهذا كما قال.. إذا باع نخلة مؤبرة، فقد قلنا إن الثمرة للبائع والأصل للمشتري، **إذا ثبت هذا فلا** يجب نقل هذه الثمرة حتىٰ تبلغ أوان الجداد فِي العرف والعادة، وكذلك إذا باع ثمرة منفردة بعد بدو الصلاح فيها، وجب علىٰ البائع تركها حتىٰ تبلغ أوان الجداد، وقال أبو حنيفة: يلزمه قطعها وتفريع النخل.

واحتج من نصره بأن المبيع مشغول بملك البائع، فلزمه نقله، قياسًا علىٰ من باع دارًا وفيها طعام للبائع، لزمه نقله وتسليم الدار فارغة.

وأيضًا فإنه لا يجوزُ استثناء الانتفاع بالمبيع مدة يسيرة ولا كثيرة، وفِي هذا انتفاع بالمبيع؛ لأن تبقية الثمرة علىٰ الأصول المبيعة إلىٰ أن تبلغ الانتفاع بها.

ودليلنا: ما روي عن النبيِّ ﷺ: أنه نهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ يبدو صلاحها، وقال: «**إذا منعَ اللهُ الثمرةَ فبِمَ يأخذُ أحدُكُم مالَ أخيهِ؟!**»[(١)] وهذا التعليل يدل علىٰ أن بيع الثمرة مطلقًا يوجب تبقيتها إلىٰ أوان البلوغ؛ لأنه لو وجب قطعها فِي الحال لم يكن بعرض الجائحة والتلف، وهذا دليل فِي الثمرة إذا بيعت منفردة عن الأصل.

ومن القياس: أن النقل وتفريغ المبيع يجب علىٰ العرف والعادة فيه علىٰ أصله: إذا باع طعامًا بالليل لم يجب عليه نقله حتىٰ يصبح، ولا يجب عليه نقله دفعة واحدة بأن يجمع الحمالين حتىٰ يحملوه فِي مرة واحدة، وإنما يجب عليه نقله علىٰ حسب العادة والعرف، كذلك هاهنا، ولأنه مستثنىٰ فِي البيع فوجب أن يبقىٰ علىٰ ملك البائع بجميع حقوقه، [قياسًا علىٰ من باع دارًا واستثنىٰ منها بيتًا بعينه، فإن ذلك البيت يبقىٰ علىٰ ملك البائع بجميع حقوقه][(٢)].. **قالوا**:

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٩٨) ومسلم (١٥٥٥) عن أنس ﵁.

(٢) ليس في (ق).

ولأنه إذا زوج جارية ثم باعها كان الاستمتاع مستثنىٰ من البيع علىٰ الكمال، كما كان قبل البيع،[كذلك هذه الثمرة يجب أن تكون مستثناة بجميع مصالحها كما كانت قبل البيع][(١)].

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على بيع الدار، فهو أنه دليلنا؛ لأن النقل يجب علىٰ حسب العرف والعادة لما فيها من المتاع للبائع، كذلك هاهنا.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن استثناء الانتفاع بالمبيع لا يجوز، فهو أنه لا يجوزُ بالشرط، وهذا مستثنىٰ بالشرع، وقد فرقت الأصول بينهما، ألا ترىٰ أنه لو باع جارية واستثنىٰ الاستمتاع فِي البيع لم يصح، ولو كانت مزوجة لصح البيع، وكان الاستمتاع مستثنىٰ بالشرع.

إذا ثبت هذا، فإن الثمرة تقر علىٰ الأصول إلىٰ أن تبلغ أوان الجداد فِي العرف والعادة، فإن كان مما يصير رطبًا، فهو إلىٰ أن ينتهي نضجه وبلوغه، وإذا كان بسرًا فإنه لا يعتبر أن يصير رطبًا؛ لأن الحيسوان والقرشي[(٢)] والباشكر يصرم قبل أن يصير رطبًا، ويكون ثمنه أكثر والرغبة فيه أوفر، فإذا بلغ أوان الجداد وسأل التبقية حتىٰ يأخذ منها أولًا فأولًا، وقال تركها علىٰ الأصول أبقىٰ لها لم يلزمه تركها، وكان له مطالبته بنقلها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِذَا كَانَ لَا يُصْلِحُهَا إِلَّا السَّقْيُ، فَعَلَى الْمُشْتَرِي تَخْلِيَةُ الْبَائِعِ، وَمَا يَكْفِي مِنْ السَّقْيِ)[(٣)].

وهذا كما قال.. إذا عطشت هذه الثمرة التي بقيت علىٰ ملك البائع وأراد

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٢) نوعان من التمر معروفان بالعراق.. النظم المستعذب (١/ ٢٤٨).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

سقيها لم يكن للمشتري منعه، [وإنما كان كذلك لأن ذلك من صلاح هذه الثمرة، فلم يكن للمشتري منعه منه][١]، قياسًا علىٰ التبقية علىٰ الأصول، ولأن التبقية علىٰ الأصول إذا كان مستحقًّا وجب أن لا يمنع من السقي؛ لأنه لا يمكن تبقيتها إلىٰ أوان الجداد إلا بالسقي، فإذا ثبت هذا، فإن مؤونة السقي علىٰ البائع.

فإن قيل: هلَّا قلتم إنَّها تكون علىٰ المشتري؛ لأنه (صاحبها ولم ينفسخ)[٢] كما قلتم إن الثمرة إذا باعها منفردة وعطشت وجب علىٰ البائع سقيها؛ لأنه صاحب الأصول، **فالجوابُ**: أن كونه صاحبُ الأصول ليس بعلة فِي ذلك، وإنما العلةُ فيه إذا باع ثمرة علىٰ رءوس النخل وجب تسليمُها إليه، حتىٰ يتسلمها علىٰ حال الكمال، وذلك يحصل بتسليم الماء، فلزمه التمكن من الماء.

وإن عطشت الأصولُ وأراد المشتري سقي الأصول لم يكن للبائع منعه منه وكانت مئونة السقي علىٰ المشتري، وإن كان السقي ينفع أحدهما دون الآخر، مثل أن ينفع الأصول ويضر بالثمرة، أو يضر الأصول وينفع الثمرة، ففيه وجهان؛ قال أبو إسحاق: إذا تمانعا فسخ العقد بينهما، وقال أبو علي: يجبر الممتنع علىٰ ذلك؛ لأن بدخوله فِي البيع قد رضي بالضرر الذي يدخل عليه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنَّمَا لَهُ مِنْ الْمَاءِ مَا فِيهِ صَلَاحُ ثَمَرِهِ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا جعلنا للبائع سقي ثمرته ومنعنا المشتري من

(١) ليس في (ق).
(٢) في (ق): «صاحب الأصول».
(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٦).

معارضته فإنما له أن يسقي النخل مقدار ما فيه صلاح الثمرة ولا يزيد عليه؛ لأن الزيادة لا يحتاج إليها، فكان للمشتري منعُه منها، وإن اختلفا فِي قدر ما فيه الصلاح فقال البائع: فِي كلِّ خمسة أيام سقية، وقال المشتري: فِي كلِّ عشرة أيام أو أقل؛ رجع إلىٰ أهل الخبرة، فإذا شهد اثنان من أهل الخبرة بقدر من ذلك حُملا عليه، وحُكم لهما به.

• فَصْلٌ •

قال فِي كتاب «الصرف»[1]: (وإن كانت لم تؤبر فهي للمبتاع، فإن اشترطها البائع فذلك جائز؛ لأن صاحب النخل ترك عليه[2] كينونة الثمرة فِي نخله حين باعها إياه إذا كان استثنىٰ علىٰ أن يقطعها، فإن استثنىٰ علىٰ أن يقرَّها فلا خير فِي البيع؛ لأنه باعه ثمرةً لم يبدُ صلاحُها، علىٰ أن تكون مقرَّة إلىٰ وقتٍ قد تأتي عليها الآفةُ قبله).. وهذا الكلامُ يقتضي أن من باع نخلًا قبل التأبير، واستثنىٰ الثمرة لنفسه، لم يجز إلا بشرط القطع، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا؛ لأنه يجوز أن يشترط مطلقًا، وإنما شرط القطع فِي بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

وأجاب أصحابنا عن هذا بأن قالوا: هو خطأ فِي النقل؛ لأن حرملة نقل إذا كان اشتراها علىٰ أن يقطعها، فإن اشتراها علىٰ أن يقرها فلا خير في البيع، فوقع الخطأ فِي النقل من قوله «اشترىٰ» إلىٰ قوله «استثنىٰ» وجملة تأويله: أنه أراد به إذا باع النخل قبل التأبير فكانت الأصول والثمرة للمشتري، ثم اشترىٰ البائع الثمرة بعده قبل بدو الصلاح، فلم يجز الشراء إلا بشرط القطع، والله أعلم.

---

(١) الأم (٣/ ٨٤).

(٢) كذا! وفي الأم: «ترك له».

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَإِنْ كَانَتْ الشَّجَرَةُ مِمَّا تَكُونُ فِيهِ الثَّمَرَةُ ظَاهِرَةً، ثُمَّ تَخْرُجُ مِنْهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلُغَ الْخَارِجَةُ ثَمَرَةَ غَيْرِهَا، فَإِنْ تَمَيَّزَ فَلِلْبَائِعِ الثَّمَرَةُ الْخَارِجَةُ وَلِلْمُشْتَرِي الثَّمَرَةُ الْحَادِثَةُ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَتَمَيَّزُ فَفِيهَا قَوْلَانِ؛ أَحَدُهُمَا: لا يجوزُ الْبَيْعُ إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَ الْبَائِعُ الثَّمَرَةَ كُلَّهَا، فَيَكُونُ قَدْ زَادَهُ حَقًّا لَهُ، أَوْ يَتْرُكَ الْمُشْتَرِي لِلْبَائِعِ فَيَعْفُو عَنْ حَقِّهِ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّ الْبَيْعَ مَفْسُوخٌ)[1].

وهذا كما قال.. فِي هذا الفصل مسألتان:

إحداهما: إذا باع رجلٌ من رجل حملًا ظاهرًا من الثمر - مثل التين - قبل بدوِّ صلاحه، [بشرط القطع، أو بعد بدوِّ صلاحه][2] مطلقًا، فلم يلقطه المشتري حتىٰ اختلط بحمل آخر للبائع، فإن كان يتميز بالكِبَر والصِّغر كان للمشتري الكبار، وللبائع الصغار.

وإن كان لا يتميز ففيه قولان؛ **أحدهما:** أن البيع ينفسخ، نص عليه فِي «الأم»[3]، وفِي «الإملاء علىٰ مسائل مالك»، **والقول الثاني:** أن البيع لا ينفسخ، ويقال للبائع: إن سلمتَ الجميع إلىٰ المشتري أُجبر علىٰ قبوله، وإن امتنع من ذلك فُسخ البيع، وهو اختيار المزني.

فإذا قلنا ينفسخ البيع - وهو الصحيح - فوجهه أن المبيع قد تعذَّر تسليمُه فوجب أن ينفسخ البيع، أصله: إذا تلف المبيع.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

(٢) ليس في (ق).

(٣) الأم (٣/ ٤٧- ٤٨) باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار.

والدليلُ علىٰ تعذُّر التسليم أن المبيع غير متميز، فلا يمكن تسليمُه بانفراده، ولا يجب علىٰ البائع تسليمُه مع الحمل الذي اختلط به، ولو تبرع وسلَّمه لم يجب علىٰ المشتري قبوله، ألا ترىٰ أنه إذا باع رجلٌ من رجل ثوبًا ثم سلمه مع ثوبٍ آخر لم يلزم المشتري قبول الزيادة، كذلك هاهنا.

فإذا ثبت هذا، صحَّ أن تسليم المبيع قد تعذر، فوجب بطلانُ العقد.

وإذا قلنا لا ينفسخ البيع فوجهُه أن المبيع باقٍ بحاله، وإنما انضافت إليه الزيادة، وذلك لا يوجب انفساخ البيع، كما إذا باع ثمرة فزادت، أو عبدًا فكبر، أو شجرة فطالت فِي يد البائع؛ لم ينفسخ البيع.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن هاهنا زاد المبيعُ فكانت الزيادة للمشتري، ولا حق للبائع فيه، ولهذا نقول: إن البائع يُجبر علىٰ تسليمه أبدًا، وليس كذلك هاهنا؛ فإن الزيادة حدثتْ متميزةً من المبيع، واختلطتْ به؛ ولهذا نقول: إن البائع لا يُجبر علىٰ تسليم الزيادة، وإنما هو إلىٰ اختياره، فدل علىٰ الفرق بينهما.

ويمكن أن يحتج لهذا القول بأن المبيعَ بحاله وتسليمه ممكن؛ لأن البائع إذا أراد تسليمَ الجميع أُجبر المشتري علىٰ قبوله، ويخالف إذا باع ثوبًا وسلم ثوبين فإن الزيادة هناك متميزةٌ فلم يُجبر علىٰ قبولها، وفِي مسألتنا الزيادة غير متميزة فجاز أن يُجبر علىٰ قبولها.

فإذا تقرر القولان، وقلنا ينفسخ، فلا تفريع عليه، وإن قلنا لا ينفسخ، فيقال للبائع: إن شئتَ سلَّمتَ الجميع إلىٰ المشتري، فإن سلَّم الجميع أُجبر المشتري علىٰ قبوله، وكان البيع ماضيًا، وإن امتنع من تسليم الجميع لا يقال للمشتري هاهنا إنك تسلم المبيع والثمن جميعًا إلىٰ البائع، ولكن يُفسخ البيع بينهما.

• فَصْلٌ •

وأما المسألةُ الثانيةُ، وهي إذا باع شجرة التين وعليها تينٌ ظاهر، فإن الأصل للمشتري، والتين الذي عليه للبائع، فإذا لم يعطه حتىٰ حدث حملٌ آخر، فإن كان يتميز، كان الحملُ الموجودُ حال العقد للبائع، والحملُ الحادثُ للمشتري؛ لأنه حدث فِي ملكه.

فإن قيل: هلَّا قلتم إن الحمل الثاني للبائع كالحمل الأول كما قلتم إذا باع نخلةً مطلعةً مؤبرةً أن الثمرة للبائع، فإن حدث طلع بعد ذلك كان للبائع، وهذا قد حدث فِي ملك المشتري.

والجوابُ: أن فِي الطلع وجهين:

أحدهما: يكون للمشتري كالحمل الحادث، فعلىٰ هذا قد سوينا بينهما.

والثاني: أنه يكون للبائع، فعلىٰ هذا الفرقُ بينهما أن الطلعَ الحادثَ من جملة هذا الطلع الموجود؛ لأنه ليس له إلا حمل واحد، وإن تقدم بعضُه وتأخر بعضُه، فكان تابعًا لما أُبر منه فِي استحقاق البائع إياه، وليس كذلك الحمل الثاني الحادث بعد الحمل الأول، فإنه حملٌ مخالفٌ للأول، فلم يكن تابعًا، فكان ملكًا للمشتري كالأصل.

وإن اختلط الحادثُ بالموجود اختلاطًا يتميز، فإن المُزني نقل أن فيه قولين؛ لأن المسألة التي بدأ بها هي بيع الشجرة دون الثمرة، ألا تراه قال: (فإن تميز فللبائع[1] الثمرةُ الخارجةُ وللمشتري الثمرةُ الحادثةُ، وإن كان لا تتميز ففيها قولان)[2]، وإنما تكون الحادثة للمشتري إذا اشترىٰ الأصول.

---

(١) في (ف، ق): «فإن لم تتميز فلبائع» وهو تحريف ظاهر، والمثبت من نص المختصر كما سبق في كلام المصنف.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

وقد اختلف أصحابُنا فِي ذلك، فمنهُم مَن قال هاهنا لا يبطل البيع قولًا واحدًا، وإليه ذهب أبو علي بن خيران، وأبو علي الطبري فِي «الإفصاح» وقالا: إذا باع الأصولَ فإن الاختلاطَ حصل فِي غير المبيع؛ لأن الثمرة التي عليها للبائع اختلطت بالثمرة التي حدثت فِي ملك المشتري، والبيعُ لم يقع علىٰ واحدة منهما، وإنما وقع علىٰ الأصول، وهي متميزة لم تختلط، فهو بمنزلة أن يبيع دارًا وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري، فيختلط أحدُ الطعامين بالآخر، فإن البيع فِي الدار لا ينفسخ، كذلك هاهنا.

وقالا: الذي فِي «مختصر المزني» نقله من «الأم» فوقع الغلطُ فِي النقل من مسألة بيع الثمرة إلىٰ مسألة بيع الأصول.

ومنهُم مَن قال: المسألةُ علىٰ قولين كما نقلها المزني، وإليه ذهب أكثر أصحابنا، وقالوا: إن مقصود المشتري من شراء الأصول الثمرة، فإذا حدثت ثمرة أخرىٰ واختلطت بثمرة البائع، فقد اختلط المقصودُ بالبيع، وتعذَّر تسليمُه، [ولا فرق بين أن يختلط المبيعُ وبين أن يختلط المقصودُ بالبيع ويتعذَّر تسليمُه][1] فِي أن البيع يجب أن ينفسخ.

ويخالفُ ما ذكره أبو علي[2] من الطعام فِي الدار؛ لأن الطعام ليس من نماء الدار، ولا من المقصود ببيعها، فلم يوجد الاختلاط فِي البيع، ولا من المقصود بالبيع، فافترقا.

إذا ثبت هذا، فإن قلنا ينفسخ البيع، فلا تفريع عليه، وإن قلنا لا ينفسخ، أُجبر علىٰ قبوله ونفذ البيع، وإن امتنع فسخ الحاكم بينهما.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) أبو علي بن خيران.

◆ قال المزني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَهَكَذَا قَالَ فِي بَيْعِ الْبَاذِنْجَانِ فِي شَجَرِهِ وَالْخِرْبِزِ[1])[2].

وهذا صحيح، إذا باع الحملَ الموجودَ من الباذنجان فلم يلقطه المشتري حتىٰ حدث حمل آخر للبائع فاختلط به اختلاطًا لا يتميز، [وكذلك الخِرْبِز - وهو البِطِّيخ - وهكذا الخيارُ والقثاءُ وكلُّ ما له حمل بعد حمل، فإذا باع الحمل الموجود، وحدث حملٌ آخر للبائع، فاختلط به اختلاطًا لا يتميز][3]، ففيه قولان كما ذكرنا.

◆ قال المزني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَهَكَذَا قَالَ فِيمَنْ بَاعَ قُرْطًا جَزَّهُ عِنْدَ بُلُوغِ الْجِزَازِ فَتَرَكَهُ الْمُشْتَرِي حَتَّى زَادَ كَانَ الْبَائِعُ بِالْخِيَارِ)[4].

وهذا كما قال.. والقرطُ هو القَتُّ، ويسمىٰ قُرْطًا وقَضْبًا وقتًّا، ويسمىٰ بالعراق الرطبة، وهذا الزرع تبقىٰ أصولُه فِي الأرض، ويُجز مرة بعد مرة دفعات، فإذا باع جزةً ظاهرةً منها صح البيع، فإن أَخَّر المشتري جزَّها حتىٰ زادت فإن الزيادة للبائع؛ لأنَّها تنبتُ من عروق فِي الأرض، هي للبائع، ولا حق للمشتري فيها.

فإن قيل: أليس إذا باع ثمرةً فِي أول خروجها علىٰ أن يقطعها، فترك قطعها حتىٰ كبرتْ، كانت الزيادة للمشتري، فما الفرق بينهما؟

فالجوابُ: أن الثمرةَ ملكُها المشتري، فإذا زادت فإنما زاد ملكه، فكان الجميع له، وكان بمنزلة كِبَر العبد، وسِمَن الجارية، وطول الشجرة؛ لأن المبيع زاد بنفسه، وليس كذلك هاهنا فإن الجزة اشتراها ولم تزد، وإنما

---

(١) في (ق): «والجوز» والخربز هو البطيخ، ويقال إنه فارسي واستعملته العرب.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

(٣) ليس في (ق).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

حدثت الزيادة فِي الأصول التي فِي الأرض، فهي بمنزلة حدوث حملٍ آخر من الثمرة، فإذا لم تتميز الجزةُ عن الزيادة كان علىٰ قولين؛ **أحدهما**: ينفسخ البيعُ لتعذر التسليم فِي المبيع، **والثاني**: لا ينفسخ، فإن تبرع البائع بتسليم الجميع أجبر المشتري علىٰ قبوله، وإن لم يتبرع فسخ البيع.

◆ قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (كَمَا لَوْ بَاعَهُ حِنْطَةً فَانْثَالَتْ عَلَيْهَا حِنْطَةٌ فَلَهُ الْخِيَارُ فِي أَنْ يُسَلِّمَ لَهُ الزِّيَادَةَ أَوْ يَفْسَخَ لِاخْتِلَاطِ مَا بَاعَ بِمَا لَمْ يَبِعْ)[1].

وهذه المسألةُ أيضًا علىٰ قولين كما ذكرنا.. قال أبو إسحاق فِي «الشرح»: هذه المسائل التي ذكرها المزني كلُّها علىٰ قولين كالثمرة، ولا فرق بينهما، والعلةُ تعذُّر تسليم المبيع بالاختلاط.

◆ قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (هَذَا أَشْبَهُ بِمَذْهَبِهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ قَبَضَ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عَلَيْهِ مَضْمُونٌ بِالثَّمَنِ مَا دَامَ فِي يَدَيْهِ)[2].

قال أصحابنا فِي الطعام إذا كان قبل القبض فيه قولان، وإذا كان بعد القبض لا ينفسخ البيع قولًا واحدًا؛ لأن تلف المبيع بعد القبض لا يفسخ البيع فكذلك الاختلاط، وأما الثمرةُ علىٰ الشجرة إذا اختلطت بعد القبض بالتخلية فإنه علىٰ قولين؛ لأن القبض لم ينبرم فيه ولم يستقر، ألا ترىٰ أن الثمرة إذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقي كان للمشتري ردُّها بالعيب، فدل علىٰ أن التسليم لم ينبرم بينهما، وإنما ينبرمُ التسليمُ ويستقر بالجذاذ، فإذا جذها، ثم اختلطت، لم ينفسخ البيع قولًا واحدًا.

فإذا ثبت هذا واختلط بعد القبض قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: يكون القولُ قولَ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

الذي فِي يده الثمرة فِي المقدار الذي يدعيه لنفسه(١)، قال أبو إسحاق: وصورته أن يكون المشتري ترك الطعام وديعة عنده واختلط، فيكون القولُ قولَ من هو فِي يده مع يمينه، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: (وَكُلُّ أَرْضٍ بِيعَتْ، فَلِلْمُشْتَرِي جَمِيعُ مَا فِيهَا مِنْ بِنَاءٍ وَأَصْلٍ، وَالْأَصْلُ مَا لَهُ ثَمَرَةٌ بَعْدَ ثَمَرَةٍ مِنْ كُلِّ شَجَرَةٍ وَزَرْعٍ)(٢).

وهذا كما قال.. إذا باع أرضًا وفيها بناء وشجر، فلا يخلو من أحد أمرين، إما أن يقول «بعتُك هذه الأرض بحقوقها»، أو لا يقول «بحقوقها»، فإن قال «بحقوقها» دخل البناء والشجر فِي البيع، وصار الجميع للمشتري؛ لأن البناء والشجر من حقوق الأرض.

وإن قال «بعتُك هذه الأرض» ولم يقل «بحقوقِها» فإن الشافعي قال: يدخل البناء فِي البيع.

وقال فِي الرهن: إذا قال «رهنتُك هذه الأرض» ولم يقل «بحقوقها» لم يدخل البناء والشجر فِي الرهن، واختلف أصحابُنا فِي ذلك علىٰ ثلاث طرق:

منهُم مَن قال: لا فرق بين البيع والرهن، ولا يدخل البناءُ والشجرُ فيهما إلا أن يقول «بحقوقهما»، والذي قاله فِي البيوع أنهما يدخلان فِي البيع أراد إذا قال «بحقوقهما».

ومنهُم مَن قال: لا فرق بين البيع والرهن، فيجب أن ينقل قوله فِي البيع إلىٰ قوله فِي الرهن، وما قاله فِي الرهن إلىٰ ما قاله فِي البيع، فخرَّج

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

المسألتين علىٰ قولين؛ **أحدهما**: يدخل البناء والشجر فيهما، **والثاني**: لا يدخلان إلا بأن يقول «بحقوقهما».

ومنهُم مَن قال: لا يدخلان فِي الرهن إلا بأن يقول «بحقوقهما» ويدخلان فِي البيع بمطلق العقد، وفرَّق بينهما بأن البيع يزيل الملك فِي المعقود عليه، فاستتبع البناء والشجر، وليس كذلك الرهن فإنه لا يزيل الملك، ولأنه إذا باع أرضًا فيها شجرةٌ مثمرةٌ لا تدخل الثمرةُ الظاهرةُ فِي البيع، وما يحدث فيها من الثمار بعد ذلك يكون للمشتري، وليس كذلك فِي الرهن، فإن الحادث لا يدخل فِي الرهن، ولا يتعلق به حقُّ المرتَهن، فلما فرقنا بين البيع والرهن فِي الثمرة الحادثة كذلك هاهنا.

فإن قيل: إذا باع نخلًا عليها ثمرةٌ ظاهرةٌ، لم تدخل فِي البيع إلا بالشرط، وهي متصلةٌ بالأصول، كذلك يجب أن لا يدخل البناء والشجر وإن كانا متصلين بالأرض إلا بالشرط.

فالجوابُ: أن اتصالَ البناء والشجر للتأبيد، واتصالَ الثمر بالجداد والنقل، فلا يتبع أصولَها إلا بالشرط، ومثلُ الثمارِ الزرعُ فِي الأرض، فلا يدخل فِي بيع الأرض إلا بالتسمية؛ لأن الزرع للنقل كالثمار، وهذا هو الطريق الصحيح.

وأما الطريقان الآخران فهما مخالفان لنصِّ الشافعي، والتخريجُ والنقلُ لا يصِحُّ مع إمكان الفرق بينهما علىٰ حسب نصه.

ومن خرَّجهما علىٰ قولين احتج بأنهما لا يدخلان فِي العقدين؛ لأن تسمية الأرض لا تتناول البناء والشجر، يمكن إفرادهما عما تناولته التسمية، فلم يدخلا فِي العقدين، أصله: ثيران الفدان، وفيه احترازٌ من الحبل فإنه لا يمكن إفراده عن الأم.

وإذا قلنا يدخلان فِي العقدين، فوجهه أنهما من حقوق الأرض، فوجب أن يدخلا فِي العقدين، أصله: الطرق والمرافق، فإنهما يدخل فيهما، فكذلك البناء والشجر.

فرع

إذا قال «بعتُك هذا البستان» دخل فيه الشجر والبناء مع الأرض؛ لأن البستان اسمٌ لجميع ذلك، ألا ترىٰ أن الأرض إذا لم يكن فيها شجرٌ لا تُسمىٰ بستانًا.

فرع

إذا قال «بعتُك هذه القرية» فإن اسم القرية يقع علىٰ البيوت دون المزارع، ولا تدخل المزارع فِي البيع إلا بالتسمية، وإن قال «بحقوقها»، لم تدخل فِي البيع؛ لأن المزارع ليستْ من حقوق القرية، وإن كان بين البيوت شجرٌ ففِي دخول الشجر فِي البيع الطرق الثلاث.

فرع

إذا باع دارًا فإنه يدخل فِي البيع الأرضُ والبناءُ، فإن كانت فيها نخلة أو شجرة فهل تدخل فِي البيع؟ علىٰ الطرق الثلاث، وجميعُ ما كان مبنيًّا فيها من حيطان وسقوف ودرجة معقودة وأبواب منصوبة يدخل فِي البيع.

وكذلك إن كان فيها سُلم مسمَّر، فأما إن كان السُّلم غير مسمَّر وإنما ينقل من مكان إلىٰ مكان لم يدخل فِي البيع، وكذلك إن كان فيها بابٌ مقلوعٌ لم يدخل فِي البيع.

والأوتاد المغرزة فِي الحيطان تدخل فِي البيع، وكذلك الرُّفوف التي عليها إن كانت مسمَّرة وأطرافها فِي البناء، فأما إن كانت علىٰ الأوتاد من غير

تسمير ولا بناء فإنَّها لا تدخل فِي البيع.

وإن كان فيها خوابي مدفونة [دخلت فِي البيع؛ لأنَّها مخازن، وإن كانت فيها حجارةٌ مدفونةٌ][1]، أو آجُرٌّ مدفونٌ ليُخرج ويُستعمل لم يدخل فِي البيع، وإن كان فيها رحىٰ غير مبنية، وإنما تدخل من مكان إلىٰ مكان، لم تدخل فِي البيع، وإن كانت مبنية دخل السُّفلاني فِي البيع.

وأما الفوقانِيُّ ففيه وجهان؛ **أصحهما** أنه يدخلُ فِي البيع؛ لأنه يُنصب هكذا، فهو بمنزلة الباب، **والثاني**: لا يدخل؛ لأنه منفصلٌ عن بناء الدار.

والغلَقُ يدخل فِي البيع؛ لأنه يُنصب هكذا، فهو فِي معنىٰ الباب.

وفِي المفتاح وجهان؛ **أحدهما**: يدخل فِي البيع؛ لأنه من مصلحة الغَلَقِ فيكون تابعًا له، **والثاني**: لا يدخل لأنه منفصلٌ لا مبنيٌّ ولا مركَّبٌ، ولا يدخل فيه الحبلُ والدلو والبكرة لهذه العلة.

وأما بئرُ الماء فإنها تدخل فِي البيع، ولبِنُها وآجُرُّها.

وأما الماءُ الذي فيها هو مملوكٌ لصاحب الدار؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: هو له، وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة[2]؛ لأنه نماء ملكه، فهو بمنزلة لبن الشاة، والبقرة، والحشيش النابت فِي أرضه، **والثاني**: لا يملكه، وهو اختيار أبي إسحاق؛ لأنه يجري تحت الأرض من موضع إلىٰ موضع، والماءُ الجاري غير مملوك، وإذا جرىٰ الماء من النهر إلىٰ ملك الرجل لم يملك الماء، فكذلك هاهنا.

وإذا قلنا الماءُ مملوكٌ للبائع لم يدخل فِي البيع؛ لأنه ظاهر كالثمرة الظاهرة، وإذا قلنا هو غير مملوك فكلٌّ من استقاه وحازه ملكه، ولا يجوزُ

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٢) الحسن بن الحسين بن أبي هريرة، أبو علي، انتهت إليه إمامة الشافعية في العراق.

بيعُ ماء البئر؛ لأنه إن باع الجميع، فهو مجهول، وإن باع الموجود فِي البئر فإنه لا يمكن تسليمه إلا بأن يختلط بغيره.

وأما العيونُ المستنبطةُ فإن فِي مائها - هل هو مملوك - وجهين، وقرارُها مملوك، فلا يجوزُ بيعُ مائها لما ذكرنا، ويجوزُ بيعُ قرار العين أو سهم منها، ويكون لمشتري ذلك حقٌّ فِي الماء لثبوت يده علىٰ الأصل.

وأما المياهُ الجاريةُ فِي الأنْهار كالفرات ودجلة، وجيحون، والنيل، وغيرها من الأنهار الكبار والصغار فليست مملوكةً لأحد وجهًا واحدًا؛ لأنَّها تنبع من المواضع التي ليست مملوكة كالجبال والشعاب، ومن استقىٰ شيئًا منها وحازه ملكه.

وإذا جرىٰ ماءٌ من هذه الأنْهار إلىٰ ملك إنسان، كماء المد يدخل فِي أرضه لم يملكه إلا بالحيازة، وإذا حفروا أنهارًا وأجروا فيها من هذه الأنهار ماء فليس أيضًا بمملوك، ولهذا يحلُّ للعطشان أن يشرب منها بغير إذن مالك النهر.

وأما المعادنُ التي تظهر فِي ملكه، فإن كانت أعينًا للمائع كالنفط والزئبق ونحوهما، فهو بمنزلة الماء، وفِي المائع هل هو مملوك أم لا وجهان، كما قلنا فِي الماء الذي فِي البئر، ولا يجوزُ بيعُ ما ظهر منه إلا أن يفرد ويميز؛ لأنه يختلطُ بغيره فلا يمكن تسليمُه.

وإن كانت معادنُ الجامد كالذهب، والفضة، والفيروزج، وسائر الحجارة، فإن الجامد من أجزاء الأرض حكمُه حكمُ الأرض، وهو مملوكٌ ويجوز بيعُه مع الأرض، ويُنظر فيه، فإن كان المعدن الذهب، جاز بيعُه بغير الذهب، ولا يجوزُ بيعُه بجنسه من الذهب؛ لأنه يؤدي إلىٰ الربا.

وهل يجوز بيعُه بالفضة؟ فيه قولان؛ لأنه بيعٌ وصرف.

وإن كان المعدنُ الفضة، جاز بيعُه بغير الفضة، ولم يجز بيعُه بالفضة؛ لأنه ربا.

وهل يجوزُ بيعُه بالذهب؟ فيه قولان؛ لأنه بيعٌ وصرفٌ، والله أعلم بالصواب.

فَرع

إذا باع نخلًا لم تؤبَّر فإن الثمرة للمشتري، فإن هلكت الثمرةُ فِي يد البائع قبل التسليم كان للمشتري الخيار، إن شاء فسخ البيع لتلف بعض المبيع قبل التسليم، وإن شاء أجاز البيع فِي الأصول بجميع الثمن، أو بحصته من الثمن، علىٰ قولين.

ويخالفُ إذا اشترِىٰ عبدًا فقطعت يده، فإن المشتري بالخيار، إن شاء فسخ البيع لنقصان المبيع، وإن شاء أجازه بجميع الثمن قولًا واحدًا؛ لأن الثمن لا ينقسمُ علىٰ الأطراف، وينقسمُ علىٰ الأصل والثمرة، فدل علىٰ الفرق بينهما.

فَرع

إذا باع نخلًا مؤبَّرة فإن الثمرة للبائع، فإن عطشتْ وانقطع الماء ولم يتمكن من سقيها، وكان تركُها علىٰ الأصول يضرُّ بها، فإن كان الضررُ يسيرًا أُجبر المشتري عليه، وإن كان بأن يخاف علىٰ الأصول الجفافَ أو نقصان حملها فِي المستقبل نقصانًا كثيرًا قال فِي «الأم»: فيه قولان:

أحدهما: يُجبر المشتري عليه؛ لأنه لما دخل فِي بيع الأصول علىٰ الانفراد دون الثمرة، فقد رضي بما تؤدي الثمرة إليه من الضرر.

والقول الثاني: يُجبر البائع علىٰ نقل الثمرة وتفريغ الأصول؛ لأن الثمرة لا

تخلو من الضرر تُركت أو صُرمت، وليس كذلك الأصول، فإنها إذا تُركت الثمرة عليها استضرت بِها، وإن صُرمت سلمتْ من الضرر، فكان تفريغ الأصول أولىٰ، ولأن حفظه للأصول أولىٰ، لأن فِي هلاكها هلاكَ مثل الثمرة فِي كلِّ عام، فوجب أن يُدفع الضرر العظيم بالضرر اليسير.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: (وَإِنْ كَانَ فِيهَا زَرْعٌ، فهو لِلْبَائِعِ، يُتْرَكُ حَتَّى يُحْصَدَ، وَإِنْ كَانَ زَرْعًا يُجَزُّ مِرَارًا، فَلِلْبَائِعِ جِزَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَمَا بَقِيَ فَكَالْأَصْلِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا باع أرضًا فيها زرعٌ ظاهرٌ، فلا يخلو الزرعُ من أحد أمرين؛ إما أن يكون يُحصد مرةً واحدةً، أو يكون له أصلٌ يبقىٰ فِي الأرض ويُحصد مرةً بعد مرة.

فإن كان مما يُحصد مرةً واحدةً، مثل الحنطة، والشعير، ونحوهما، فلا يخلو البيعُ من أحد أمرين؛ إما أن يكون مطلقًا أو مقيدًا باشتراط الزرع.

فإن كان مطلقًا فإن الزرع للبائع، لا يدخل فِي البيع؛ لأنه ظاهرٌ يراد للنقل، فهو كالثمرة الظاهرة إذا بيع أصل النخلة، ويخالف الشجر والبناء، فإنَّهما يدخلان فِي البيع؛ لأنهما يرادان للتأبيد والتبقية، فدخلا فِي بيع الأرض علىٰ طريق التَّبع علىٰ المذهب الصحيح.

فإذا ثبت أن الزرع للبائع، فإنه يبقىٰ فِي الأرض إلىٰ أوان الحصاد، وقال أبو حنيفة: يلزمه نقلُه وتفريغ الأرض، وقد مضىٰ الكلامُ معه بما أغنىٰ عن الإعادة.

فإن قيل: إذا تُرك إلىٰ أوان الحصاد وجب أن يبطل البيع؛ لأن منفعة

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

الأرض تصيرُ مستثناةً مدة مجهولة، وهذا يمنع صحة البيع، كما قلتم إذا استحقَّت المعتدةُ سكنىٰ دار - وهي من ذوات الأقراء - ثم باعها زوجُها المطلِّق، لم يصح البيع؛ لأن منفعتَها مستثناةٌ مدة مجهولة كذلك هاهنا، وقلتم فِي بيع الأرض المؤاجرة أنه لا يصِحُّ علىٰ أحد القولين.

فالجوابُ: أن يدَ المعتدة ويدَ المستأجر حائلةٌ تمنع المشتري من الأرض وليس كذلك هاهنا؛ فإن يدَ البائع علىٰ الزرع ليست بحائلة، وللمشتري الدخولُ إلىٰ الأرض والتصرُّفُ فيها فِي غير مواضع الزرع منها، فلم يمنع صحة البيع، ألا ترىٰ أن من زوَّج جاريته ثم باعها صح البيع؛ لأن يدَ الزوج لا تمنع المشتري من قبض الجارية والتصرف فيها فِي غير الاستمتاع، فلما لم تكن يدُ الزوج حائلة، لم تمنع من صحة البيع، كذلك هاهنا.

إذا ثبت أنه يبقى إلى أوان الحصاد، فإنه لا يلزمه أجرةُ المثل للمشتري؛ لأن المنفعةَ للبائع مستثناةٌ من البيع، لم يملكها المشتري، فلم يكن له فيها أجرة المثل، ويخالفُ هذا أن يستأجر الأرض إجارة فاسدة ويزرعها، فإنه يلزمه أجرة المثل؛ لأن المنفعةَ لصاحب الأرض، وزرع المستأجر بالأجرة، فإذا لم تصح الأجرة المسماة وجبت أجرةُ المثل.

إذا ثبت هذا، فإن حصد البائعُ الزرع وهو قَصِيل، ثم أراد الانتفاع بالأرض إلىٰ [وقت الحصاد][1]، لم يكن ذلك له؛ لأن الذي استحقَّه هو تبقيةُ ذلك الزرع بعينه، فإذا اختار نقْله لم يكن له أن يشغلَ الأرض بغيره، كما إذا باع دارًا وفيها رحلٌ يُنقل فِي مدة شهر، فنقله فِي يوم واحد، لم يكن له أن يشغَلَ الدار فِي مدة الشهر بغيره، كذلك هاهنا.

وإن أخَّره إلىٰ أوان الحصاد، فإنه يلزمه حصادُه فِي أول وقت الحصاد،

---

(١) في (ق): «أوان الجداد».

ولا يجوزُ تبقيتُه بعد ذلك، وإن كان الخيرُ له فِي تأخيره وتبقيته؛ لأنه إنما يجب إزالةُ الضرر عنه، ولا يجبُ التوفير له وطلبُ الأحظ له.

فإذا حصده فِي أول وقت الحصاد نُظِرَ، فإن لم يكن تضرُّ عروقُه بالأرض، فلا يلزمه نقْل العروق، وإن كانت عروقُه تضرُّ بالأرض مثل عروق القطن والذرة، فإنه يلزمه نقْله؛ لأنها للبائع، يلزمه نقْلُها إذا كانت مضرةً بالأرض، كما إذا كانت له فيها حجارةٌ مدفونةٌ تضرُّ بالزرع لزمه نقْلُها، فإذا نقل العروقَ فإن صارت الأرض حُفرًا، لزمه أن يسوِّي الأرض، وهكذا إذا باع دارًا فيها قماشُهُ لزمه.

وإن كان فيها حبٌّ لا يخرج من الباب[1] وَجَبَ نقضُ الباب حتىٰ يخرج الحبَّ[2]، ولزم البائع ما نقض الباب، ويحتمل أن يقال: يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض هاهنا.

فإن قيل: قد قلتم إذا غصب فَصِيلًا[3] وكبر فِي داره، فجاء صاحبه يطالبه به فلم يخرج من الباب، نقض الباب، ولم يجب علىٰ صاحب الجمل شيء، فكذلك هاهنا؛ **فالجوابُ**: أن صاحب الباب فِي مسألة الفَصِيل متعدٍّ، فكان نقضُ الباب [بسبب هو تعدٍّ من جهته، فلم يجب الضمان علىٰ غيره، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن صاحب الباب][4] ليس من جهته تعدٍّ ولا تفريط، فوجب علىٰ البائع تسوية الأرض، والله أعلم بالصواب.

---

(١) وهذا إذا كان الحب كبيرًا، ومثله الصندوق الكبير.

(٢) نقله السبكي في تكملة المجموع (١١/ ٤٠٢) وابن الرفعة في كفاية النبيه (٩/ ١٨٤) عن المصنف رحمه الله، وينظر الهداية إلىٰ أوهام الكفاية للإسنوي (ص ٣٥٨).

(٣) الفصيل: ولد الناقة الصغير.

(٤) ليس في (ق).

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا الحُكم فيه إذا باع الأرض بيعًا مطلقًا، فأما إذا قيَّد ذلك وذَكَرَ بيع الأرض مع الزرع، فلا يخلو من أن يكون الزرع جنسًا لم يسنبل، أو قد سنبل ولم يشتد، أو قد سنبل واشتد حبُّه.

فإن لم يسنبل، أو سنبل ولم يشتد فهما سواء، ويكون الشرطُ صحيحًا، والزرع مع الأرض للمشتري.

فإن قيل: هلا قلتم إنه لا يجوزُ إلا بشرط القطع، كما إذا باع الزرع منفردًا؟

فالجوابُ: أنه إذا باع الزرع منفردًا كان فِي بيعه مطلقًا غرر؛ لأنه يقتضي تركه إلىٰ الحصاد، وفِي ذلك غرر؛ لأنه لا تؤمن الجائحة، فإذا شرط القطع خرج من الغرر، وإذا باع الزرع مع الأرض يسقط حكم الغرر علىٰ طريق التبع للأرض، كما إذا باع الثمرة مع الشجرة، لا يجب شرط القطع لهذه العلة.

وإن كان قد اشتد الحب، فإن كان الحبُّ ظاهرًا لا كمام له مثل الشعير والذرة والأرز فِي كمام إلا أنه يدخر فيها، فهو بمنزلة الظاهر، ويجوز شرطُه وبيعُه منفردًا.

وإن كان الحبُّ فِي كمام لا يُدَّخر فيها، مثل الحنطة فِي سنبلها، فقد اختلف قول الشافعي فِي جواز بيعِها فِي السنابل، فقال فِي القديم: يجوز، وقال فِي الجديد: لا يجوز.

فإذا قلنا يجوز، جاز شرطُها فِي بيع الأرض، وإذا قلنا لا يجوز، لم يجز شرطُها فِي بيع الأرض، فإنْ شرَطها لم يصح البيعُ فِي الزرع.

وهل يبطلُ فِي الأرض؟ فإذا قلنا لا تبعَّضُ الصفقة؛ لم يصح البيعُ فِي الأرض، وإذا قلنا تُبعض الصفقة ويؤخذ البعضُ بجميع الثمن؛ صح[١]، وإن قلنا يؤخذ البعض بحصته من الثمن لم يصح هاهنا؛ لأنه لا يصِحُّ تقويم الحنطة فِي سنبلها، وإذا داسوها وأظهروها لم تكن علىٰ الحال التي تناولها عقدُ البيع، فإذا كان كذلك تعذر تقسيطُ الثمن علىٰ الأرض والزرع ومعرفة حصة الأرض من الثمن، ففسد البيعُ فِي الجميع.

هذا إذا كان الزرع يُحصد مرةً بعد مرةٍ مثل القت، وأما فِي[٢] البقول والكراث والنعناع والسَّذاب[٣] والكرفس والهِندِباء، وما أشبه ذلك، فإنه يُنظر فيه، فإن كان مجزوزًا دخلت العروقُ فِي الأرض؛ لأنها من الأصول كالشجر التي تحمل حملًا بعد حمل، وإن كان ثابتًا فالجزة الأولىٰ للبائع والباقي للمشتري؛ لأن الجزة الثابتة ظاهرة فِي الحال، فلم تدخل فِي البيع إلا بالشرط.

إذا ثبت هذا، طولب البائع بجزها فِي الحال، وليس له أن يتركها حتىٰ تبلغ أوان الجزِّ؛ لأن تركها يؤدي إلىٰ اختلاط حقِّ البائع بحقِّ المشتري، فإن الزيادة التي تحصل للمشتري تثبت علىٰ أصوله وتفارق الزرع الذي يحصد مرة، فإن أصوله تبقىٰ علىٰ ملك البائع، فتكون الزيادة له، وكذلك زيادةُ الثمن للبائع لا حق للمشتري فيها، فلا يؤدي إلىٰ اختلاط حق البائع بحق المشتري إذا ترك إلىٰ أوان الحصاد والجداد، وقد قيل فِي الفرق بينهما أن لبلوغ الثمرة حدًّا إذا انتهت إليه حذف، وكذلك الزرع لحصاده حدٌّ، ولا حدَّ لهذه البقول، والأول أصح.

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) في (ف، ق): «وفي».

(٣) بقلة معروفة معربة، وأهل اليمن يسمونه الختف.. جمهرة اللغة (١/ ٣٠٤).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﵁: (وَإِنْ كَانَ فِيهَا حَبٌّ قَدْ بَذَرَهُ، فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ؛ إِنْ أَحَبَّ نَقْضَ الْبَيْعِ، أَوْ تَرْكَ الْبَذْرِ، حَتَّى يَبْلُغَ فَيُحْصَدَ)[١].

وهذا كما قال.. إذا باع أرضًا فيها بذر، فلا يخلو البذر من أحد أمرين:

إما أن يكون لأصل يبقىٰ ويحمل مرة بعد مرة، كبزر القتِّ، والكراث، والنعناع، والطرخون، ونحو ذلك مما يُجَز دفعة بعد دفعة، فإن كان هكذا فإنه يدخل فِي البيع، كما إذا نبتت عروقه؛ لأنه مودَع فِي الأرض للتبقية لحمل بعد حمل، فهو بمنزلة ما لو نبتت عروقه، ولا فرق بينهما، وهكذا إذا غرس فِي الأرض غراسًا، وباع الأرض قبل أن تنبت الغراس وترسخ عروقه، فإنه يدخل فِي البيع؛ لأنه غرس فيها للتبقية، فأشبه إذا نبت ورسخت عروقه.

وإن كان بذرًا لم يحصد إلا[٢] مرة واحدة كالحنطة، والشعير، فإنه لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يبيع الأرض مطلقًا أو يبيع البذر، فإن باع الأرض مطلقًا لم يدخل البذر فِي البيع؛ لأنه لو كان زرعًا نابتًا لم يدخل فِي البيع؛ لأنه مودَع للنقل دون التبقية، فلم يدخل فِي البيع المُطلق فكذلك بذره.

فإذا ثبت هذا، نُظر فِي المشتري، فإن كان عالمًا ببذرها لم يكن له الخيار؛ لأنه قد رضي بضرره، ويجب عليه تركُه إلىٰ أوان الحصاد، وإن كان جاهلًا به كان له الخيار؛ إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجازه، فإن أجازه أخذه بجميع الثمن؛ لأن النقص الذي فِي الأرض بترك الزرع إلىٰ الحصاد لا يتقسط عليه الثمن، فهو بمنزلة رجل اشترىٰ عبدًا، فوجد به عيبًا، كان بالخيار

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

(٢) زيادة ضرورية.

بين أن يفسخ البيع، وبين أن يجيزه بجميع الثمن، كذلك هاهنا، فإن قال البائع «أنا أنقله»، ونقله فِي مدة يسيرة، لم يكن للمشتري الخيار؛ لأن العيب قد زال.

وإن اشترىٰ الأرض مع البذر فالمشهورُ من المذهب أن البيعَ باطلٌ فِي البذر؛ لأنه مجهولٌ غير مشاهد فلا يصِحُّ بيعُه، ولا يتبع الأرض، وإذا بطل البيع فِي البذر بطل فِي الأرض؛ لأنه لا يمكن تقسيطُ الثمن علىٰ قيمتهما؛ لأن البذر مجهول، إلَّا علىٰ القول الذي يقول تُبعض الصفقة، ويُؤخذ البعض بجميع الثمن، فإنه يجب أن يكون البيع فِي الأرض صحيحًا، ويأخذها بجميع الثمن؛ لأنه لا يجب علىٰ هذا القول تقسيط الثمن علىٰ قدر قيمتهما.

ومِن أصحابِنا مَن قال يصح البيع فيهما، ويكون البذر تابعًا للأرض كالحمل، وقال هذا القائل: قد نص الشافعي علىٰ [ذلك فِي][1] «كتاب التفليس» فقال: «أو باع زرعًا مع أرض خرج أو لم يخرج»[2]، ومن قال بالأول [قال يُأول][3] ذلك؛ خرج السنبل أو لم يخرج.

فرع

إذا باع نخلةً مطلعةً ولم يقل للمشتري إنها مؤبَّرة ولم يعلم المشتري بتأبيرها، ثم علم، كان له الخيار، إن شاء رضي به وإن شاء فسخه؛ لأنه تفوته ثمرة عامه، وفيه أيضًا اشتراك الأيدي فيها؛ لأن البائع يدخل البستان لأجل ثمرته، ولأن ترك الثمرة علىٰ الأصول إضرارٌ بها، فثبت له الخيار لهذه المعاني، والله أعلم.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) الأم (٣/ ٢٠٤).

(٣) ليس في (ق).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وَإِنْ كَانَتْ فِيهَا حِجَارَةٌ مُسْتَوْدَعَةٌ، فَعَلَى الْبَائِعِ نَقْلُهَا وَتَسْوِيَةُ الْأَرْضِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا باعه أرضًا وفيها حجارة، فلا يخلو من ثلاثة أحوال؛ إما أن تكون مخلوقة فِي الأرض، أو تكون مبنية، أو تكون مودعة فيها.

فإن كانت مخلوقة فِي الأرض، فإنها تتبع فِي البيع، وإنما كان كذلك لأن المعادن تتبع الأرض فِي البيع، وهي من غير جنس الأرض، فلأن تتبع الحجارة التي هي من جنسها أولىٰ وأحرىٰ.

وأما إذا كانت الحجارة مبنية فِي الأرض، فإنها تتبع أيضًا فِي البيع؛ لأنها متصلة بالأرض، وهي بمنزلة أساسات الحيطان، لما كانت متصلة بالبناء تبعت فِي البيع، كذلك هاهنا.

إذا ثبت هذا، فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن تضر بالأرض، أو لا تضر بها، فإن كانت لا تضر بالأرض لبعدها عن وجه الأرض، وأن العروق لا تصل إليها فلا كلام، وأما إن كانت تضر بالأرض، بحيث تمنع المشتري من أن يزرعها، فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يعلم بذلك، أو لا يعلم، فإن كان علم بذلك فإنه لا خيار له؛ لأنه قد دخل علىٰ علمه بالضرر، وأما إذا لم يكن علم بذلك، فإنه يثبت له الخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أتمه، فإن فسخه فلا كلام، وإن اختار إتمام البيع فإنه يمسك الأرض والحجارة بجميع الثمن.

وأما إذا كانت الحجارة مودَعة فِي الأرض لا تتبع فِي البيع، وتكون للبائع؛ لأنها مما ينقل ويحول فأشبهت الكنوز، وأيضًا فإن الزرع الذي يكون

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

فِي الأرض لا يتبع الأرض فِي البيع، وهو من نمائها، فلأن لا يتبع فِي البيع ما ليس هو من نمائها أولىٰ وأحرىٰ.

إذا ثبت هذا، فلا يخلو حال الأرض من أحد أمرين؛ إما أن تكون بيضاء، أو تكون ذات شجر.

فإن كانت الأرض بيضاء لا شجر فيها فلا يخلو حال الحجارة من أحد أمرين؛ إما أن تكون تضر بالأرض، بحيث تمنع عروق الزرع، أو لا تكون مضرة به.

فإن كانت مضرة بالزرع فلا يخلو حال المشتري [من أحد أمرين](1): إما أن يكون علم بذلك، أو لا يكون علم به.

فإن كان علم به فلا خيار له؛ لأنه قد رضي بالضرر ودخل فيه علىٰ بصيرة، فإذا لم يثبت له الخيار، فإنه يطالب البائع بنقل الحجارة ويلزم البائع نقلها، فإذا قلعها البائع فلا يلزمه أجرة زمان القلع، وإن كان الزمان طويلًا، ويلزمه طمُّ الحفر، وإنما كان كذلك لأنه دخل علىٰ بصيرة وعلم بالضرر فيه، ويصير بمنزلة ما لو اشترىٰ دارًا من رجل وفيها قماش كثير هو عالم به وأنه ينقل فِي زمانٍ طويل، فإنه لا يثبت له أجرة ذلك الزمان؛ لأنه دخل علىٰ بصيرة وعلم بالضرر، كذلك هاهنا مثله.

وأما إذا كان لم يعلم بها، أو كان يعلم بها أنها فِي الأرض ولم يعلم أنها تضر بالأرض، فإنه بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أتمه.

فإن قال البائع «أنا أزيل عنك الضرر وأقلعها»، فإنه قد بطل خيار المشتري ويصير بمنزلة ما لو اشترىٰ من رجل عبدًا فقبل التسليم أَبَقَ العبد،

---

(١) ليس في (ق).

أو غُصِب من البائع، فقال البائع[1] «أنا أستخلصُه لك وأردُّه إليك بسرعة»، فإنه يبطل خيار المشتري، كذلك هاهنا.

وكذلك قال أبو إسحاق فيه، إذا استأجر من رجل دارًا فوجد البالوعة مسدودة، أو وجد السطح فيه حفر، فقال المستأجر «أريد أن أفسخ الإجارة» فقال له المؤجر «لا تفعل فإني أجيء بمن يفتح البالوعة، ويطم حفر السطح»، فإنه يبطل خيار المستأجر بهذا، كذلك فِي مسألتنا.

إذا ثبت هذا، فإن بطل خياره أو لم يبطل خياره إلا أنه اختار الإتمام، فإنه يجب علىٰ البائع قلع الحجارة من الأرض لإزالة الضرر عنه، فإذا قلع الحجارة، فإنه يجب عليه طمُّ الحفر وتسوية الأرض، وإنما كان كذلك؛ لأنه استخلص ملكه بإدخال الضرر علىٰ ملك الغير من غير تعدٍّ وُجد منه، فلزمه التسوية لما نقص من البيع، كما لو باع دارًا من رجل وكان له فِي الدار حبٌّ لا يخرج إلا بهدم الباب، فإنه يهدم الباب ويخرج الحب، ويُنظر، فإن كان يمكن تقويم ما نقص من قيمة حلقة الباب بالهدم لزم البائع ذلك، وإن لم يمكن ذلك فإنه يلزمه تسوية حلقة الباب، كذلك هاهنا.

ويفارق هذا إذا كان قد غصب منه فَصِيلًا وتركه فِي داره إلىٰ أن كبر، ولم يخرج إلا بهدم الباب، فإن تسوية الباب لا تجبُ علىٰ صاحب الفَصِيل؛ لأن يده غير متعدية.

إذا ثبت هذا، فإن قلع الحجارة فِي زمان يسير، فإنه لا أجرة للمشتري فِي ذلك الزمان؛ لأنه ما فوَّت عليه فيه زراعة الأرض، وأما إذا كان الزمان طويلًا بحيث تفوت عليه - بنقل الحجارة - زراعة الأرض، فهل يستحق المشتري أجرة ذلك الزمان أم لا؟ فيه وجهان.

---

[1] في (ف): «المشتري»، وهكذا كان في (ق) وأصلحه الناسخ بالحاشية.

قال أبو إسحاق المروزي: إن كان قبل القبض لم يستحق الأجرة، وإن كان بعد القبض استحق الأجرة، وإنما[1] كان كذلك لأن قبل القبض لو أتلفه متلف لضمنه بالثمن وبعد القبض يضمنه بالقيمة، فإذا كان قبل القبض لا يضمن عينه بالقيمة، فكذلك لا يضمن إتلاف منفعته بالقيمة، وأيضًا فإنه إذا أتلف العين قبل القبض فإنها تكون من ضمان البائع ولا يستحق المشتري ضمانها، فكذلك منفعتُها يجب أن لا يستحق المشتري التقويم فِي مقابلة إتلافها.

ومِن أصحابِنا مَن قال إنه لا يستحق الأجرة سواء كان ذلك قبل القبض أو كان بعده، وإنما كان كذلك لأنه لما رضي بإتمام البيع فقد رضي بإسقاط الأجرة؛ لأنه يعلم أنها لا تنقل إلا فِي زمان.

إذا ثبت هذا، فهذا كلُّه إذا كانت الحجارةُ مما تضر بالأرض، فأما إذا كانت مما لا تضر بالأرض فإنه لا خيار للمشتري فِي ذلك، إلا أن له مطالبة البائع بنقلها من ملكه، فإن قلعها البائع ثبت له الخيار؛ لأن بالقلع تتحرىٰ عليه الأرض وتنقص قيمتها، فإن اختار الفسخ فلا كلام، وأما إذا اختار الإتمام، فإن كان الزمان الذي قلع الحجارة فيه زمانًا يسيرًا فلا أجرة للمشتري فيه، وإن كان الزمان طويلًا فهل له الأجرة أم لا؟ فيه الوجهان اللذان ذكرناهما.

فأما إذا قال البائع «قد وهبتُ لك الحجارة»، فهل يُجبر المشتري علىٰ قبولها أم لا؟ فيه وجهان مبنيان علىٰ القولين فيه إذا باعه ثمرة فحدثت ثمرة أخرىٰ وأحبل تحت الأولىٰ فوهبها له، هل يُجبر علىٰ قبولها أم لا؟ فيه قولان، كذلك هاهنا وجهان:

---

(١) في (ف، ق): «وإذا».

إذا قلنا إنه لا يُجبر علىٰ قبولها، فوجهه أن هذه[1] هبة مجهولة، فلا تصح، وأيضًا فإن الإنسان لا يُجبر علىٰ قبول ملك الغير ولا يلزمه.

والوجه الثاني: أنه يُجبر علىٰ قبولها؛ لأن بقبولها يزول عنه الضرر الذي يثبت له به فسخ البيع.

فإذا قلنا إنه يُجبر علىٰ قبولها فتكون الأرض والحجارة له ولا كلام، وإن قلنا لا يجبر علىٰ قبولها فعلىٰ البائع نقلها، وينظر فِي الزمان الذي ينقل فيه، فإن كان يسيرًا لم يستحق فيه الأجرة؛ لأنه لا يفوِّت عليه فيه الزراعة، وإن كان كثيرًا فهل يستحق الأجرة أم لا؟ علىٰ الوجهين اللذين ذكرناهما.

وإذا قال البائع «ما أريد الحجارة» وتركها، فهل يملكها المشتري بهذا القول وتزول عن ملك البائع؟ فِي ذلك وجهان؛ **أحدهما**: تزول به عن ملك البائع، ويملكها المشتري، **والثاني**: لا تزول بل هي علىٰ حالها، والله الموفق للصواب.

وأما إذا كانت الأرضُ ذات شجر، فلا تخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون البائعُ هو الذي غرسها أو يكون المشتري غرسها.

فإن كان البائعُ هو الذي غرسها وكان قد باعه الأرض مع الشجر، فإن الحكم فيه كما ذكرنا فِي الأرض البيضاء، إلا فِي شيء واحد، وهو أن البائع إذا نقل الحجارة فإنه يضمن ما نقص من الأرض ومن الشجر قولًا واحدًا، وسواء كان الضرر يسيرًا أو كثيرًا.

ويفارق ما ذكرنا من زمان الأجرة - حيث فرقنا بين الزمان اليسير وبين الزمان الكثير فقلنا: إن كان زمانًا يسيرًا فلا أجرة له، وإن كان زمانًا كثيرًا فله الأجرة علىٰ أحد الوجهين - لأنه إذا كان يسيرًا فلا ضرر عليه فِي ذلك، ولا

---

(١) في (ف، ق): «هذا».



يفوته الانتفاع بها، وليس كذلك النقص الذي يلحق الأرض والشجر؛ فإن يسيره وكثيره سواء فلهذا سوينا بينهما.

وأما إذا كان المشتري هو الذي غرس هذا الشجر فلا خيار له؛ لأنه تصرف فيها والغراسُ ينقص(١) قيمتها، والدليلُ علىٰ أنه قد نقص من قيمتها بتصرفه أن الأرض البيضاء تكون أكثر قيمة من الأرض التي فيها غراس؛ علىٰ أن الغراس فيها ومتىٰ وجد المشتري فِي المبيع تصرفًا ينقص قيمة المبيع لم يكن له الخيار، ويصير بمنزلة ما إذا اشترىٰ ثوبًا فقطعه، ثم وجد به عيبًا فإن خياره يبطل، فكذلك هاهنا.

إذا ثبت هذا، فإن صاحب الحجارة يقلعها، ويضمنُ النقص الذي يلحق بالشجر قولًا واحدًا؛ لأنه ربما أضرَّ بِها ذلك، فيقطع عروقها فييبس وينقطع حملها وسواء كان النقص يسيرًا أو كثيرًا.

ويفارق الأجرة حيث [فرقنا بينهما](٢) فِي الزمان اليسير والزمان الكثير لما ذكرنا.

فأما البياضُ الذي يتخللُ بين الأشجار فحُكمه حُكم الأرض إذا كانت بيضاء إن كان زمان النقل يسيرًا فلا أجرة للمشتري، وإن كان الزمان كثيرًا فعلىٰ الوجهين، والله أعلم بالصواب.



---

(١) في (ف، ق): «ما ينقص» وزيادة حرف النفي غلط.

(٢) زيادة من (ق).

باب الوقت الذي يحل فيه بيع الثمار ورد الجائحة من كتب

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، عَنْ حُمَيْدٍ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ) الْحَدِيثَ إِلَى آخِرِهِ[(١)].

وهذا كما قال.. إذا باع ثمرةً قبل بدوِّ الصلاح فيها منفردة عن الأصل فلا يخلو من ثلاثة أحوال؛ إما أن يشترط القطع، أو يشترط التبقية إلىٰ أوان الجداد، أو يطلق العقد.

فإن اشترط القطع فقد صح البيع بلا خلاف، وإن اشترط التبقية إلىٰ أوان الصِّرام فقد بطل البيع بلا خلاف، وإن أطلق العقد فلا يصِحُّ البيع عندنا، وبه قال مالك، وأحمد، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: يصح البيع إذا أطلق، واحتج علىٰ ذلك بقوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ ولم يفرق[(٢)].

ومن القياس: أنها ثمرةٌ يجوزُ بيعُها بشرط القطع، فجاز بيعُها مطلقًا، أصل ذلك إذا بدا الصلاح فيها.

قياسٌ آخر، قالوا: باع الثمرة قبل بدو الصلاح فيها مطلقًا، فوجب أن يصح البيع، أصل ذلك إذا باعها مع الأصول.

قالوا: ولأن القطع هو من مقتضىٰ العقد؛ لأنه يجب [عليه بموجب العقد تفريغ ملك الغير، وما يجب بمقتضىٰ العقد لا يجب][(٣)] اشتراطه، أصل ذلك: إذا اشترىٰ طعامًا من رجل، وكان فِي دار، فإنه يجب عليه تفريغ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٧).

(٢) مختصر اختلاف العلماء (٣/ ١١٧).

(٣) ليس في (ق).

الدار من غير اشتراط ذلك، فالعقد لا تقف صحته علىٰ ذلك، كذلك هاهنا، [فيكون أصله: التسليم والتصرف، ولما كان التسليم يجب بمقتضىٰ العقد لم يجب اشتراطه، كذلك هاهنا][١].

قالوا: ولأن القطع تصرُّف، فوجب أن لا يكون وجوده شرطًا فِي صحة العقد، أصله: الأكل والبيع، فإنه لا يجوزُ أن يشترط عليه أنك تأكلُه أو تبيعُه، وما أشبه ذلك.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه ما روىٰ عبدُ الله ابن عمر رضي الله عنه عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم أنه نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ يبدو صلاحها[٢].

وأيضًا ما روىٰ أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ يبدو صلاحها[٣]، وروي: «حتىٰ تنجُوَ من العاهة»[٤]، وروي: «حتىٰ تذهَبَ العاهةُ»[٥].

وروىٰ أنس بن مالك رضي الله عنه أيضًا عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم أنه نَهَىٰ عن بيع الثمار حتىٰ تُزهِي، قيل: يا رسول الله، وما تُزهِي؟ قال: «**تحمرُّ وتصفرُّ**»[٦]، وروي: «**تحمارُّ وتصفارُّ**»[٧].

وأيضًا، ما روىٰ أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم نَهىٰ عن بيع العنب حتىٰ يسوَدَّ، والحبِّ حتىٰ يشتدَّ[٨].

---

(١) ليس في (ق).
(٢) أخرجه البخاري (١٤٨٦) ومسلم (١٥٣٤).
(٣) أخرجه البخاري (٢١٩٧).
(٤) أخرجه أحمد (٢٤٤٠٧) عن عائشة رضي الله عنها.
(٥) أخرجه أحمد (٥١٠٥) عن ابن عمر رضي الله عنهما.
(٦) أخرجه البخاري (٢٢٠٨) ومسلم (١٥٥٥).
(٧) أخرجه البخاري (٢١٩٦) ومسلم (١٥٣٦) عن جابر رضي الله عنه.
(٨) أخرجه أحمد (١٣٣١٤، ١٣٦١٣) وأبو داود (٣٣٧١) والترمذي (١٢٢٨) عن أنس رضي الله عنه.

وأيضًا ما روىٰ جابر بن عبد الله ﵁ عن النبيِّ ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع الثمرة حتىٰ تُشَقِّحَ، قيل: يا رسول الله وما تُشَقِّحُ؟ قال: «**تحمارُّ وتصفارُّ ويُؤكلُ منهَا**»(١).

وأيضًا ما روىٰ جابر بن عبد الله ﵁ أن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ تطيب(٢).

ومن هذه الأخبار دليلان:

أحدهما: أنه نَهىٰ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، وهذا عامٌّ فِي بيعها علىٰ كل وجه، غير أن الدليل حمل علىٰ جواز بيعها بشرط القطع فأبحناه، فيجب أن يبقىٰ الباقي علىٰ العموم.

والثاني: أنه قال: «**حتى يبدو صلاحها**»، و«حتىٰ» للغاية، ويجب أن يكون ما بعد الغاية مخالفًا لما قبلها، وعندهم إذا باعها مطلقًا قبل بدو الصلاح يجوز كما يجوز بعد بدو الصلاح، وهذا تسوية بينهما.

قالوا: فنحن نحمل هذه الأخبار عليه إذا اشترط التبقية.

فالجوابُ عنه من وجهين:

أحدهما: أنه عام فِي الجميع فلا يجوزُ تخصيصه إلا بدليل.

والثاني: أن الإطلاق فيه معنىٰ التبقية؛ لأن فِي العادة والعرف أن تترك الثمرة علىٰ الأصول إلىٰ أوان الجداد، فكان يجب أن يحملوا الإطلاق علىٰ التبقية، ويصير بمنزلة ما قلنا إذا باع وأطلق الثمن، فإن الإطلاق ينصرف إلىٰ نقد البلد، كما إذا قيده بالذِّكر.

فإن قيل: إنما نهىٰ النبي ﷺ عن ذلك علىٰ طريق المشورة بدليل ما روىٰ

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٩٦) ومسلم (١٥٣٦) عن جابر ﵁.

(٢) أخرجه أحمد (١٤٣٥٠، ١٤٤٦٦، ١٥٢٤٦).

زيد بن ثابت رضي الله عنه أن الناس[1] كانوا يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها، فإذا جدَّ الناس قال المبتاع: قد أصاب الدُّمان والقُشام وعاهاتٌ يحتجون بها، وكثرت خصومتُهم، فقال رسول الله ﷺ كالمشورة يشير بها: «**لا تبتاعوا الثمرةَ حتى يبدوَ صلاحُها**»[2].

فالجوابُ: أن هذا ظنٌّ من زيد، والمصير إلىٰ رواية الجماعة الذين قدمنا ذِكرهم أولىٰ.

ومن طريق القياس: أنه باع ثمرة نامية قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع مفردة عن الأصول، فوجب أن لا يصح، أصل ذلك: إذا باعها بشرط التبقية.

وقولُنا: (نامية) احترازٌ منه إذا تقلعت الأصول وعليها الثمرة، فإنه يجوزُ بيعُها فِي تلك الحال وليست نامية.

وقولُنا: (من غير شرط القطع) احترازٌ منه إذا كان قد شرط القطع.

وقولُنا: (مفردة عن الأصول) احترازٌ منه إذا كان قد باعها مع الأصول.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أنه إذا شرط التبقية لم يصح؛ لأنه يكون قد شرط الانتفاع بملك الغير، فهو مخالفٌ لما يقتضيه العقد، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن بالإطلاق لم يوجد الانتفاع بملك الغير، فافترقا.

والجوابُ: أن هذا لا يصح؛ لأن الإطلاق يجب حملُه علىٰ شرط التبقية؛ لأن العادة جارية بتركها إلىٰ أوان الجداد.

وأما الجوابُ عن الآية، فهو من وجهين:

أحدهما: أنها عامة فنخصها بدليل ما ذكرنا.

---

(١) في (ف، ق): «أن النبي ﷺ أن الناس»!

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٧٢).

والثاني: أنا لما فرضنا فيها العموم، أخرجنا ما هو فِي معناه، وهو الإطلاق؛ لأنه يقتضي التبقية فِي العرف والعادة.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم عليه إذا بدا صلاحها، فإنها فِي تلك الحال قد أمنت من العاهة، وفِي مسألتنا لم تأمن من العاهة، فافترقا.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم عليه إذا باعها مع الأصول أنه لا يصح؛ لأنها تابعة، والتابع يُعفىٰ عن الغرر فيه، كأصول الحيطان وأصول الأجذاع، وغير ذلك، ولو أفرد بالبيع لم يصح، وكما نقول فِي الحمل واللبن فِي الضرع يصح إذا وجد ذلك علىٰ سبيل التبع، وفِي حالة إفراده بالبيع لا يصح.

فأما الجوابُ عن قولِهِم أن القطع من مقتضى العقد فلا يجب اشتراطه كالتسليم، فهو أنه إذا أطلق العقد ولم يشترط التسليم صح؛ لأن العادة جارية أن الإنسان إنما يبيع ليسلم، فلا يحتاج إلىٰ اشتراط ذلك، وفِي مسألتنا العادة جارية بتركها إلىٰ أوان الجداد، فيجب أن ينصرف الإطلاق إلىٰ ذلك، ولو شرط ذلك [بطل العقد][1]، فكذلك إذا أطلق.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أنه تصرف فِي المبيع، فلا يجب اشتراطه كالأكل والبيع وغير ذلك، فهو من وجهين:

أحدهما: أن هذا التصرف تنجو به الثمرة من العاهة، فلذلك وجب اشتراطه، وبالأكل لا تنجو من العاهة.

والثاني: أنه لو شرط الأكل فِي البيع بطل، ولو شرط القطع فِي الثمرة صح البيع، فبان الفرق بينهما، والله أعلم بالصواب.

---

(١) ليس في (ق).

• فَصْلٌ •

ذكر الشافعيُّ فِي «الرسالة»[(١)]**: إذا باع ثمرةً مؤبَّرةً مع الأصول من غير شرطِ القطعِ فإنَّه يصحُّ**، والدليلُ علىٰ صحته ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مَن باعَ نخلًا بَعْدَ أن تُؤَبَّر فثمرتُها للبائعِ إلَّا أنْ يَشترِطَ المُبْتَاعُ**»[(٢)] وهذا يدلُّ علىٰ أن المبتاع إذا اشترطها تكون له، فلو كان القطعُ شرطًا لقال: إلا أن يشترط المبتاعُ القطع، فدل علىٰ جواز بيعِها مع الأصول بعد التأبير، وفيه معنىٰ وهو أنها متصلةٌ بالأصل، فعُفِي عن الغرر فيها كما قلنا فِي أساسات الدار، وأصول الجذوع، وطيِّ الآبار، وغير ذلك، وأيضًا فإنه إجماع لا خلاف فيه.

• فَصْلٌ •

إذا كان له ثمرةٌ لم يبدُ صلاحُها فباعها من غير شرط القطع، وهذا يُتصور فِي مسألتين، وهو أن يكون قد أوصىٰ بثمرة لإنسان، ثم مات، فإن الثمرة تكون للموصىٰ له، والأصول المورثة فتتبع الموصىٰ له الثمرة للورثة، وكذلك إذا كان قد باع الأصول لرجل وبقىٰ الثمرة لنفسه، ثم باعها لمشتري الأصول، هل يصح البيع فِي هاتين المسألتين أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح؛ لأن الثمرة والأصول وجميعها ملكٌ واحدٌ، فوجب أن يصح كما إذا جمعهما عقد واحد.

والوجه الثاني - وهو الصحيح - أن البيع لا يصح؛ لأنه أفرد الثمرة بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع، فوجب أن لا يصح، كما لو باعها من غير صاحب الأصول، ويفارق ما ذكره القائل الأول، وهو إذا جمعهما عقدٌ واحد؛ لأن العقد إذا كان قد جمعهما فإن الثمرة تكون تابعةً فِي البيع فيعفىٰ

---

(١) الرسالة (ص ١٧٣) ط الشيخ شاكر رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٠٤) ومسلم (١٥٤٣) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

عن الغرر فيها كما قلنا فِي أصول الجذوع وأصول الحيطان، وليس كذلك إذا أُفرد فإن الغرر يكون كثيرًا فلا يعفىٰ عنه، كما قلنا فِي الحمل، واللبن فِي الضرع، لو أُفرد بالبيع لم يصح، وإذا باعه مع الأم يصح.

• فَصْلٌ •

إذا باعهُ ثمرَةً بعدَ بُدُوِّ الصَّلاحِ بشرْطِ القَطْعِ، يصحُّ بِلَا خِلَافٍ، وإن لم يشرط القطع وأطلق صحَّ بلا خلاف، وإن شرط التبقية فإنه يصح عندنا، وبه قال محمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يصِحُّ بشرط التبقية(١).

واحتجَّ من نصر قوله بأن قال: شرط ما ينافِي مقتضىٰ العقد وموجبه، فوجب أن لا يصح، أصل ذلك: إذا اشترىٰ من رجل طعامًا فِي كُنْدُوج(٢) وشَرَطَ عليه تبقيتَه فِي الكُنْدُوج شهرًا، فإنه لا يصحُّ، كذلك هاهنا.

قياسٌ آخر، قالوا: ابتاع شيئًا واستثنىٰ الانتفاع بملك الغير، فوجب أن لا يصح، أصله: إذا اشترىٰ منه طعامًا وهو فِي كُنْدُوج واشترط عليه تركه فِي ملكه أيامًا، ثم يتسلمه فإنه لا يصح؛ لأنه انتفاع بملك الغير كذلك هاهنا مثله.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه: ما روىٰ عبد الله ابن عمر ﵁: أن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ يبدوَ صلاحُها(٣)، وروىٰ أنس بن مالك ﵁ أن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ يبدو صلاحها(٤)، وحتىٰ تنجو من العاهة(٥)، وحتىٰ تذهب العاهة(٦)، وروىٰ أيضًا

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٣/ ١١٩).

(٢) هو الخلية، وهو عجمي معرب كندوك، والخلية عربية، ويقال لهما: الكوارة.

(٣) أخرجه البخاري (٢١٩٤).

(٤) أخرجه البخاري (٢١٩٧).

(٥) أخرجه أحمد (٢٤٤٠٧) عن عائشة ﵂.

(٦) أخرجه أحمد (٥١٠٥) عن ابن عمر ﵄.

أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ تُزْهِي، قيل: يا رسول الله، وما تُزْهِي؟ قال: «**تحمرُّ وتصفرُّ**»[١]، وروي: «**تحمارُّ وتصفارُّ**»[٢].

وأيضًا ما روىٰ جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن بيع الثمرة حتىٰ تُشَقِّحَ، قيل: يا رسول الله وما تُشَقِّحَ؟ قال: «**تحمارُّ وتصفارُّ ويُؤكَلُ منها**»[٣]، وروىٰ أيضًا جابر: أن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ تطيب[٤].

ومن هذه الأحاديث دليلان:

أحدهما: أنه عام فِي جميع الثمار، فيقتضي أنه لا يجوزُ بيعُ ثمرة حتىٰ يبدو فيها الصلاح، إلا أن الدليل دل علىٰ جواز بيعِها قبل بدوِّ الصلاح بشرط القطع بقي الباقي علىٰ العموم.

والثاني: أن «حتىٰ» للغاية والحكم بعد الغاية يجب أن يكون مخالفًا لما قبل الغاية، وأبو حنيفة يقول: قبل بدو الصلاح يجوز بشرط القطع مطلقًا، ولا يجوزُ بشرط التبقية، ويقول: بعد بدو الصلاح يجوز مطلقًا بشرط القطع مطلقًا، ولا يجوزُ بشرط التبقية، فقد سوَّىٰ بين ما قبل الغاية وبين ما بعدها، وهذا يخرجها عن أن تكون غاية.

فإن قيل: فأنتم قد سوَّيتم فِي الحُكم بين ما قبل الغاية وبين ما بعدها، وهذا يخرجها عن أن تكون غاية أيضًا، وذلك فِي قوله ﷺ: «**لا تبيعُوا العنبَ حتى يسودَّ، والحبَّ حتى يشتدَّ**»[٥]، وقلتم إنه إذا اشتد الحبُّ لا يجوزُ بيعُه حتىٰ يداس، ولا يجوزُ فِي سُنبله، كما لا يجوزُ بيعُه قبل الاشتداد، فقد

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٠٨) ومسلم (١٥٥٥).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٩٦) ومسلم (١٥٣٦) عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) أخرجه البخاري (٢١٩٦) ومسلم (١٥٣٦) عن جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) أخرجه أحمد (١٤٣٥٠، ١٤٤٦٦، ١٥٢٤٦).

(٥) أخرجه أحمد (١٣٣١٤، ١٣٦١٣) وأبو داود (٣٣٧١) والترمذي (١٢٢٨) عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

سويتم بينهما.

فالجوابُ: أنَّا نقولُ بموجِبِ هذا الخبر فِي حبوب جماعة، وهي ما ليس لها كمام، مثل الشعير، والذرة، والأرز، فلا يجوزُ بيعُها قبل الاشتداد، ويجوز بيعُها بعده، وإنما تركناه فِي الحنطة لمعنىٰ آخر، وذلك أنها مستترة بكمام، وقد روي عن رسولِ الله ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع الحب حتىٰ يَفْرِكَ[1][2] - بكسر الراء، وروي: «حتىٰ يُفْرَك»، بفتح الراء - فحملنا قوله ﷺ «حتىٰ يفرِك»: حتىٰ يبلغ أوان الفراك، وهو الشعير والأرز والذرة، فيجوز بيعُه، ومن قال «حتىٰ يفرَك» حمل قوله علىٰ الطعام، وأنه لا يجوزُ بيعُه حتىٰ يفرك، وفركه إنما يحصل بالدياس، فنحن نقول بجميع الأخبار ولا نترك السنة، وأبو حنيفة ترك جميعها وعدل إلىٰ القياس.

ومن جهة القياس: أن ما جاز بيعُه مطلقًا جاز بيعُه بشرط ما يقتضيه الإطلاق، أصل ذلك: إذا باع دارًا وفيها قماش كثير، وكان البيع ليلًا، فإنه ينقل المتاع نهارًا، فهو بمنزلة ما لو اشترط ذلك، وكذلك إذا كان يومًا مطيرًا، فإنه لا يلزمه النقل فِي المطر، وإنما يكون علىٰ حسب العرف والعادة، كذلك هاهنا.

وكذلك أيضًا إذا باع وأطلق الثمن، وكان للبلد نقدٌ واحدٌ، فإنه ينصرف إليه كما لو أشار إليه.

---

(١) في (ق): «يشتد».

(٢) أخرجه أحمد (١٢٦٣٨) والبيهقي (١٠٦١٤) عن أنس رضي الله عنه وقال البيهقي: وقوله: (حتىٰ يفرك) إن كان بخفض الراء علىٰ إضافة الإفراك إلىٰ الحب وافق رواية من قال: حتىٰ يشتد، وإن كان بفتح الراء ورفع الياء علىٰ إضافة الفرك إلىٰ من لم يسم فاعله خالف رواية من قال فيه حتىٰ يشتد، واقتضىٰ تنقيته عن السنبل حتىٰ يجوز بيعه، ولم أر أحدًا من محدثي زماننا ضبط ذلك، والأشبه أن يكون (يفرك) بخفض الراء؛ لموافقة معنىٰ من قال فيه: حتىٰ يشتد.

فأما الجوابُ عن قولِهِم إنه اشترط ما ينافِي مقتضى عقد البيع، فوجب أن يفسد البيع، أصل ذلك: إذا شرط أن يسلمه إليه بعد مدة، فهو من وجهين:

أحدهما أنا لا نسلِّم أنه شرط ما ينافِي مقتضىٰ عقد البيع فِي الفرع، فإن مقتضاه التبقية علىٰ الأصول فِي عُرف الناس وعادتِهم، وتسليم الثمرة بالبيع عند أبي حنيفة هو التخلية؛ لأنها مما يُنقل ويحول، وهو أحد قولينا، فقوله إن التسليم يجب أن يكون فِي الحال لا يصح.

والثاني: أن المعنىٰ فِي الأصل أن العادة جارية أن يكون نقلُه علىٰ الفور، فلهذا إذا اشترط نقله بعد مدة بطل البيع؛ لأنه ينافِي مقتضىٰ العقد، وفِي مسألتنا بخلافه.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه ابتاع شيئًا وشرط الانتفاع بملك الغير؛ فلم يصح، كما لو اشترى طعامًا منه فِي كُنْدُوج، وشرط عليه تركه عنده شهرًا، فهو من وجهين؛ **أحدهما**: أنه يُنتقض به إذا اشترىٰ دارًا من إنسانٍ وللبائعِ بها قماشٌ ومتاع، فإنه ينقله علىٰ حسب العرف والعادة، ولا ينقله ليلًا، ولاَ فِي الأيام المطيرة، ولا فِي الأيام المخوفة، وهذا انتفاعٌ بملك الغير، ويجوز، **والثاني**: أن المعنىٰ فِي الأصل ما ذكرناه.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت أنه يجوز بيعُ الثمر إذا بدا فيها الصلاح، فما هو الصلاح؟ إن كانت الثمرة مما يتلون، [فتحمر أو تصفر][1]، فإنه ما كانت العادة فيه الاحمرار إذا احمر بعضُه، فهو بدو الصلاح فيه، وما كانت العادة فيه أن يصفر فإذا اصفر بعضُه فقد بدا فيه الصلاح، ويجوز بيعُه.

---

(١) ليس في (ق).

وكذلك فِي الأعناب، ما كانت العادة أن يسود، فإنه إذا وُجد ذلك فِي بعضه، فهو بدو الصلاح فيه، وكذلك ما احمر منه، وما ابيض منه.

وأما غير هذا من الثمار، مثل التفاح وغيره، فبدو الصلاح فيه أن تدور فيه الحلاوة، فمتىٰ طاب طعمُه، فهو بدو الصلاح فيه، وأما ما يكون حالة كماله بمنزلة ابتدائه فِي اللون، مثل التفاح البطيخي، فإنه يكون أخضر فِي حال كماله، كما يكون فِي صغره، فبدوُّ الصلاح فيه كما ذكرنا بطيبة طعمه وحلاوته.

وأما البطيخ[1]، والباذنجان، والقِثَّاء، والخيار، فبدوُّ الصلاح فيه يكون بتناهي الكبر فِي بعضه؛ لأن الباذنجان والقثاء والخيار لونه وطعمه فِي صغره كلونه وطعمه فِي كبره، وقد قال الشافعي[2]: والقثاء يؤكل صغارًا طيبًا.

واعترض عليه أبو بكر بنُ داود فقال: لا يخلو إما أن يكونَ الشافعيُّ أراد أن يعلمنا أنه كان يحب القثاء، فلا فائدة فِي ذلك، أو قصد أن يعلمنا المحسوسات، ولا يجوزُ أن يعلم الناس ذلك؛ لأنهم يعلمونه ضرورة.

والجوابُ: أن الشافعيَّ إنما قصد بذلك القول أن يفرِّق بين ما طعمه فِي الابتداء مخالف لما يكون فِي انتهائه، وأن القثاء بخلاف ذلك؛ لأنه فِي ابتدائه وفِي حالة صغره طعمه كطعمه فِي حالة كبره، بخلاف غيره من الثمار، فإن منها ما يكون فِي ابتدائه حامضًا وفِي حال كماله حلوًا، ومنه ما يكون فِي ابتدائه مرًّا وفِي انتهائه حلوًا، فهذا قصدُه، وأما أن يكون يعلِّم الناسَ المحسوساتِ فلا.

---

(١) بكسر الباء وفتحها.

(٢) الأم (٣/ ٤٩) ومختصر المزني (٨/ ١٧٨).

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَالْخِرْبِزُ لَهُ نُضْجٌ كَنُضْجِ الرُّطَبِ)[1].

وهذا كما قال.. البطيخُ بدو الصلاح فيه أن يكون بالنضج فِي بعضه، ولو وجد ذلك فِي واحدة منه، ويكون هذا كوجوده فِي الجميع، فيجوز بيعُه كما قلنا فِي الثمرة، سواء إذا وُجد النضج فِي بعضها كان كوجوده فِي جميعها، فيجوز بيعُها.

• فَصْلٌ •

إذا بدا الصلاح فِي بعض الثمرة، جاز بيعُ جميع البُستان، ولا يترك حتىٰ يوجد الصلاح فِي جميع الثمرة، وإنما كان كذلك؛ لأنها متىٰ تركت حتىٰ يوجد ذلك فِي جميعها، أدىٰ إلىٰ أن لا يصِحَّ بيعُها بحال، فإنه إلىٰ أن تتكامل فيها يتساقط الأول الذي وُجد فيه النضج، فيؤدي إلىٰ فساد الثمرة ونقصان قيمتها، وتأذي مالكها، فلهذا لم يجز، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا أن بدوَّ الصلاح فِي الثمرة أن تحمر أو تصفر أو يطيب طعمها، فإذا كانت كذلك، جاز بيعُها بشرط القطع، ومطلقًا وبشرط التبقية، وبه قال الكافة، وحُكي عن بعض الناس أنه قال: بدوُّ الصلاح فِي الثمار هو أن تطلع الثريا، فإذا طلعت جاز بيعُها.

واحتج علىٰ ذلك بما روىٰ عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ تذهب العاهة، فقال له عثمانُ بن عبد الله بن سُراقة: متىٰ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨).

تذهب العاهة؟ فقال: أن تطلع الثريا[١].

قالوا: والراوي إذا فسر الخبر الذي رواه، وجب المصير إلىٰ قوله والعمل بما فسر، وهذا كما روىٰ عبدُ الله بنُ عمر عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**المتبايعانِ بالخيارِ مَا لَمْ يتفرَّقا**»[٢] وقلتم إن التفرُّق يجب [أن يكون][٣] بالأبدان لا بالأقوال؛ لأن الراوي فسره بذلك فروي أن عبد الله بن عمر كان إذا أراد أن يوجب البيع مشىٰ قليلًا ثم عاد، فيجب أن تقبلوا أيضًا هاهنا تفسيره.

وهذا عندنا أيضًا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه: ما روي عن النبيِّ ﷺ: أنه نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ تنجو من العاهة، وروي عنه ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ تزهي. قالوا: يا رسول الله، وما تزهي؟ قال: «**تحمرُّ وتصفرُّ**»[٤] وروي: «**تحمارُّ وتصفارُّ**»[٥]، وروي عنه ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ يبدو صلاحها، وروىٰ جابر عنه ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ تُشَقِّحَ، قيل: يا رسول الله وما تُشَقِّحُ؟ قال: «**تحمارُّ وتصفارُّ ويُؤكَلُ مِنها**»[٦] وروي عنه ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع الثمار حتىٰ تطيب.

ومن هذه الأخبار ثلاثة أدلة:

أحدها: أنه بيَّن فيها صفة الثمرة وأنها هي المعتبرة، دون السماء والكواكب.

والدليلُ الثاني: أن هذا أمرٌ للناس كافة فِي جميع الأمصار فِي كل

---

(١) أخرجه أحمد (٥٠١٢، ٥١٠٥).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٠٧).

(٣) ليس في (ق).

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٠٨) ومسلم (١٥٥٥).

(٥) أخرجه البخاري (٢١٩٦) ومسلم (١٥٣٦) عن جابر رضي الله عنه.

(٦) هو نفسه السابق.

الأعصار.

والثالث: أنه ذكر شيئًا يُعقل معناه، وهو اختلافُ لون الثمار، وما ذكروه قد يوجد، وقد لا يوجد.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن الراوي إذا فسَّر الحديث الذي رواه، لزم قبول تفسيره كما قال فِي التفرق، فهو من وجهين:

أحدهما: أن مذهب الشافعي أن الراوي إذا روىٰ عن النبيِّ ﷺ حديثًا له احتمالان، وفسره بأحد محتمليه، فإنه يجب قبوله، وفِي البيع هو محتمل للتفرق بالأقوال وبالأبدان، فلما فسر ذلك بالتفرق بالأبدان، كان دليلًا لازمًا؛ لأنه فسره بما هو حقيقة فِي التفرق دون المجاز، وأما أن يفسر حديثًا بقوله، فلا يجب المصير إليه.

والثاني: أن هذا يجوز أن يكون يوافق فِي تلك البلاد، أن يكون طلوع الثريا وقت بدو الصلاح فِي الثمار، فيجوز بيعُها، لا أنه جاز ذلك بطلوعه، وإنما وافق صلاحُها طلوعَه، ويختلف هذا باختلاف البلدان، فلا يكون هذا حجةً علىٰ ما عدا ذلك الموضع، وهذا بمنزلة تسميته شهر الصوم برمضان، وإنما سُمي بذلك لأنه فرض فِي زمان شديد الحر فسمي بذلك، وإن كان يوافق صومُه البردَ فِي سنين كثيرةٍ، كذلك هاهنا، وعلىٰ أن تفسير الصحابي لا يجوزُ أن يُرد به قول النبي ﷺ.

• فَصْلٌ •

إذا بدا الصلاحُ فِي بعض الثمرة، كان ذلك بمنزلة وجوده فِي جميع نوعها إذا كانت فِي بستان واحد، فيجوز بيعُها؛ لأن النوع الواحد إذا وُجِد الصَّلاح فِي بعضه فالباقي يُسرع الصلاح فيه، وليس بينهما تفاوت، فهو بمنزلة وجود الصلاح فِي الجميع.

وأما بدوُّ الصلاح فِي جنس من الثمار فإنه لا يكون بدوَّ الصلاح فِي جنس آخر من الثمار، مثل أن يبدو الصلاح فِي النخل، فإنه لا يكون وجود هذا صلاحًا فِي الكرم، ولا فِي التفاح، والمشمش، والخوخ، وغيره من الثمار، وإنما كان كذلك لأن هذا جنس آخر، ويتفاوت ولا يتقارب لحوقه به، فلهذا لا يُجعل بدو الصلاح فِي جنس بدوًّا له فِي جنس آخر.

إذا ثبت هذا، فهل يكون بدوُّ الصلاح فِي نوع من الثمرة بدوًّا له فِي جميع الأنواع فِي البستان الواحد؟ مثل أن يوجد الصلاح فِي المعقلي، هل يكون بدوًّا فِي البرني والأزاد والطبرزد، أو لا يكون كما قلنا فِي الجنس الآخر من الفواكه؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو الصحيح ذكره القاضي أبو حامد فِي «الجامع»، وقد نص عليه الشافعيُّ فِي البويطي[1] - أنه لا يكون بدوًّا للصلاح فِي النوع؛ لأنه قد نص أن الصلاح إذا بدا فِي الثمرة الصيفية، فإنه لا يكون بدوًّا له فِي الثمرة الشتوية، فكذلك فِي النوعين مثله سواء.

والوجه الثاني - قاله أبو علي بن خيران، وأبو علي الطبري - فإنه يكون بدوًّا للصلاح فِي سائر الأنواع، وإنما يكون كذلك؛ لأن هذه الأنواع تُضم إلىٰ ما بدا فيه الصلاح فِي الزكاة، فمتىٰ وُجد منها وسقان ونصف، ومن هذه التي قد بدا فيها الصلاح وسقان ونصف، وجبتِ الزكاة، فإذا كانت تُضم إليها فِي الزكاة، ضُمت إليها فِي بدو الصلاح.

وهذا الذي ذكره ينتقض بما نص عليه الشافعي من الثمرة الشتوية مع الصيفية، فإنها لا تتبعُها فِي بدو الصلاح وإن كانت تُضم إليها فِي الزكاة، فالأول هو المذهب الصحيح.

---

(١) مختصر البويطي (ص ٢٦٨) ونقله الحاوي الكبير (٧/ ٣٦١).

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا أنه إذا بدا الصلاح فِي بعض الثمرة، فهو بمنزلة وجوده فِي جميعها، فيجوز بيعُها، فأما اذا أفرد بالبيع ما لم يبد فيه الصلاح، فهل يصح من غير شرط القطع أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح، وإنما كان كذلك؛ لأنه يصح البيع علىٰ وجه التبع إذا ضُم إلىٰ ما بدا فيه الصلاح، فكذلك إذا أفرده بالبيع يصح.

والوجه الثاني - وهو الصحيح - أنه لا يصِحُّ البيع؛ لأنه باع ثمرة قبل بدو الصلاح فيها من غير شرط القطع، فلم يصح، كما لو كان الجميعُ ما بدا فيه الصلاح، ويفارق إذا كان قد بدا الصلاح فِي البعض، فإن الغرر يكون يسيرًا، ويدخل فِي البيع علىٰ وجه التبع، كأساساتِ الحيطان وطيِّ الآبار، ولو أُفردت تلك بالبيع لم يصح؛ لأن الغرر يكثر، هذا كله فِي البستان الواحد، فأما فِي البستانين إذا كان فيهما نوعٌ واحدٌ، فبدا الصلاحُ فِي أحدهما، فإنه لا يكون صلاحًا فِي الآخر، ويصحُّ إفراد هذا بالبيع دون الآخر، لا يختلف المذهب فيه.

وقال مالك: يكون صلاحًا فِي الآخر، واحتج عليه بأن النوعَ واحدٌ، ولا يتفاوتُ النضج، ويسرع لحوقه، فهو بمنزلة وجود الصلاح فِي البعض دون البعض من البستان الواحد، فإن الحكم فِي بعضه يكونُ كوجوده فِي الكل، كذلك هاهنا.

وهذا ليس بصحيح، **ودليلنا:** نَهيُه ﷺ عن بيع الثمار حتىٰ يبدو صلاحها، وهذا عامٌّ إلا فِي موضع خصه الدليل.

فأما قياسُ مالكٍ علىٰ بدو الصلاح فِي بستان واحد، فغيرُ صحيح؛ لأنَّا سوَّينا بينهما فِي البستان الواحد، حتىٰ لا يؤدي ذلك إلىٰ سوء المشاركة

واختلاط الأيدي، وإذا كانا بستانين فلا يؤدي إلىٰ سوء المشاركة واختلاط الأيدي، فلهذا لم يجعل أحدهما تابعًا للآخر.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﵁: (وَلَا وَجْهَ لِمَنْ قَالَ: يَجُوزُ إِذَا بَدَا صَلَاحُهَا، وَيَكُونُ لِمُشْتَرِيهَا مَا نَبَتَ أَصْلُهَا)[١] إِلَى آخِرِ الْفَصْلِ.

وهذا كما قال.. إذا كان له أرضٌ فيها أصولٌ نابتةٌ، يتكرر حملُها فِي السنة، توجد مرة بعد أخرىٰ، مثل البطيخ، والباذنجان، والقثاء، والخيار، فلا يخلو من ثلاثة أحوال إذا أراد البيع؛ إما أن يبيع الأصول والثمرة، أو يبيع الثمرة دون الأصول، أو يبيع الأصول دون الثمرة.

فإن باع الأصول والثمرة فإنه يصح؛ لأنها أصولٌ نابتةٌ يتكرر حملها، فجاز بيعُها كالشجر التي تحمل سائر أنواع الثمار، وأما إذا باع الثمرة وبقَّىٰ لنفسه الأصول، فإنه يصح بشرط القطع ومطلقًا، ولا يجوزُ بشرط التبقية، فإن أخذها المشتري فلا كلام، وإن تركها علىٰ الأصول إلىٰ أن حدثت ثمرةٌ أخرىٰ للبائع يُنظر، فإن تميَّزت ثمرتُه من ثمرة البائع، فإنه يأخذها ولا كلام، وأما إذا اختلطتْ بثمرته فلم يمكن التمييزُ بينهما، ففيه قولان:

أحدهما: أنه قد انفسخ البيعُ بينهما، فيسترجع الثمن ويسلم إليه ثمرته.

والقول الثاني: أن البيع ما انفسخ بينهما، ولكن يقال للبائع: «أتسمح بترك ثمرتك له؟» فإن سمح له بها أُجبر المشتري علىٰ قبولها؛ لأنه قد زاده خيرًا، وإن لم يسمح له بها فإن الحاكم يفسخ البيع بينهما.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨).

وهذان القولان قد ذكرناهما فيما[١] إذا كان قد باعه ثمرة اختلطت بغيرها، وأما إذا كان قد باعه الأصول وبقَّىٰ الثمرة لنفسه، فإن أخذها فلا كلام، وما يحدث بعد ذلك يكون للمشتري؛ لأنه نماء ملكه، وأما إذا تركها علىٰ الأصول حتىٰ نمت ثمرةٌ أخرىٰ يُنظر، فإن لم تختلط وتميَّزت القديمة من الحادثة، فإنه يأخذها ولا كلام، وأما إذا اختلطت فقد اختلف أصحابُنا فِي ذلك علىٰ طريقين؛ مِن أصحابِنا مَن قال فيها قولان كما قلنا فِي المسألة التي قبلها، والحُكم فيها كالحُكم فِي تلك سواء، ومِن أصحابِنا مَن قال - وهو الصحيح - أن البيع لا ينفسخ قولًا واحدًا.

والفرقُ بين هذه المسألة وبين التي قبلها أن هذه المسألة ما اختلط غير المبيع بالمبيع؛ لأن الأصول كانت المبيعة، فلهذا لم ينفسخ البيع، والتي قبلها اختلط غير المبيع بالمبيع، فلهذا انفسخ البيع علىٰ أحد القولين، فيكون الحكم فِي هذه المسألة أن يقال لمشتري الأصول «اسمح له بترك هذه الثمرة»، فإن فعل أُجبر البائع علىٰ قبولها، وإن لم يفعل فسخ الحاكمُ البيعَ بينهما.

فأما إذا باع الثمرة الظاهرة علىٰ الأصول وما يحدث بعد ذلك منها فإنه لا يصح، وقال مالك: يصح البيع.

واحتج علىٰ ذلك بقوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، فإنه إذا باع ثمرة قد بدا فيها الصلاح تبعها فِي البيع الثمرة التي لم يبدُ فيها الصلاح، فكذلك يجوزُ[٢] أن يكون ما لم يُخلق تابعًا فِي البيع لما قد خلق، وأيضًا فإن الناس بهم حاجة إلىٰ ذلك، فيجب أن يُعفىٰ عنه، كالمنافع فِي الإجارة، فإن العقد عليها جائز، وإن لم تكن موجودة.

---

(١) في (ف، ق): «فيه».

(٢) في (ف، ق): «لا يجوز» وهو غلط.

وهذا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع الغرر[١]، والغرر: هو ما انطوىٰ علىٰ الإنسان أمرُه وخفِي عليه عاقبتُه فلا يدري علىٰ ما يحصل منه، ولهذا قيل لمن ركب فِي البحر لو سلك طريقًا مخوفًا أو جلس تحت حائط مستهدم: قد غرَّر بنفسه؛ لأنه لا يتحقق سلامته، وهاهنا هو مغرر فِي شراء ما لم يُخلق.

وأيضًا فإن الشافعي قد نص فِي «كتاب الصرف» فقال: وقد تُخلق الثمرة مصيبة ناقصة، وتكون تارة سليمة متوافرة[٢]، وإذا كان هذا مترددًا بين أمرين، لا يعلم أيهما يحصل له، لهذا قلنا إنه لا يجوز، ويكون بيع الغرر، وأيضًا فإنه قد روي عن النبيِّ ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع السِّنين[٣]، وهو أن يقول «بعتُك ثمرة النخل كذا وكذا سنة»، فإنه لا يصح، ولا يجوزُ هذا، وهذا البيع هو فِي معنىٰ بيع السنين.

ومن جهة القياس: ما كان الشيخ أبو حامد يقوله، وهو أنه باع ثمرة لم تُخلق فلم يصح البيع، أصل ذلك: الثمرة الأولىٰ إذا لم تكن وُجِدت بعد، وليس لقوله «ثمرة» تأثير؛ لأن غيرها بمنزلتها فِي أنه لا يجوزُ بيعُه إذا لم يكن خُلق بعد.. **قال القاضي أبو الطيب** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وأجود منه أن يقول: باع عينًا لم تُخلق، فوجب أن لا يصح، أصله: ما ذكرنا من الثمرة الأولىٰ، ويكون تأثيره فِي المنافع المستأجرة؛ لأنها ليست أعيانًا وتصح الإجارة عليها.

فأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، فهو أن هذه الآية عامة فنخصها.

---

(١) أخرجه أحمد (٨٨٨٤) ومسلم (١٥١٣) وأبو داود (٣٣٧٦) عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

(٢) الأم (٣/ ٤٨- ٤٩).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٣٦) عن جابر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن الثمرة التي لم تؤبر تتبع فِي البيع الثمرة المؤبَّرة، فكذلك ما لم يخلق يجوز أن يكون تابعًا فِي البيع لما قد خلق، فهو من وجهين:

أحدهما: أن الثمرة التي لم تؤبر موجودة حال العقد، فلهذا صحَّ أن تكون تابعة، وفِي مسألتنا ما لم يُخلق غير موجود حال العقد، فلم يصح كبيع السنين.

والثاني: أنا جعلنا ما لم يصلح تابعًا لما بدا فيه الصلاح، حتىٰ لا يؤدي إلىٰ اختلاط الأيدي وسوء المشاركة، وهاهنا لا يؤدي إلىٰ اختلاط الأيدي وسوء المشاركة؛ لأن التابع للمبيع لم يوجد بعد، فلهذا فرقنا بينهما.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن بالناس حاجة إلى ذلك، وبهم إليه ضرورة، فهو من وجهين:

أحدهما: أنا لا نسلِّم أن بهم إليه حاجة؛ لأنه يمكنه أن يشتري الأصول، فيكون ما يحدث فيها من الثمرة له علىٰ وجه صحيح.

والثاني: أن المعنىٰ فِي الأصل الذي قاسوا عليه من المنافع المستأجرة أنها بوجودها تتلف، والأعيان بخلاف ذلك؛ لأن وجودها ليس هو تلفها، فافترقا، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَكُلُّ ثَمَرَةٍ وَزَرْعٍ دُونَهَا حَائِلٌ مِنْ قِشْرٍ أَوْ كِمَامٍ، وَكَانَتْ إِذَا صَارَتْ إِلَى مَا يُكِنُّهَا أَخْرَجُوهَا مِنْ قِشْرِهَا وَكِمَامِهَا)[1] الْفَصْلَ إِلَى آخِرِهِ.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨).

وهذا كما قال.. وجملةُ ذلك أن الثمرة علىٰ ضربين؛ ضربٌ منه يخرج من الأصول بارزًا لا كمام عليه ولا حائل، مثل التين، والتفاح، والمشمش، والخوخ، والسفرجل، وغير ذلك، فهذا قبل بدو الصلاح لا يجوزُ بيعُه إلا بشرط القطع، أما بعد أن يبدو صلاحُه فيجوزُ بيعُه بشرط القطع، ومطلقًا، وبشرط التبقية.

وأما ما يكون غير بارز، وإنما يكون عليه حائل وله كمام، مثل الجوز، واللوز، والرانج - وهو الجوز الهندي - وغير ذلك، فهذا يكون له كمامان، فلا يجوزُ بيعُه وعليه القشرة العليا؛ لأنها ليست من مصلحته ولا بقاؤها عليه من منفعته، ولا يدخر فيها، ويجوز بيعُه فِي قشرته السُّفلىٰ التي يُدخر فيها، وبقاؤها عليه يحفظ رطوبته ومنفعته.

وهل يجوز بيعُ اللوز الأخضر فِي قشره، والباقِلَّىٰ الأخضر فِي قشره؟ الذي نص عليه الشافعي أنه لا يجوز[1]؛ لأنه مستتر لا مصلحة له فيه.

وقال أبو العباس بن القاص[2] - من أصحابنا - وأبو سعيد الإصطخري إنه يجوز، وهو مذهب أبي حنيفة، واحتجَّ من نصر هذا بقوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، وهذا عام، **ومن القياس**: قالوا: مستتر بحائل من أصل الخِلْقة فجاز بيعُه، أصله: القشرة السفلىٰ علىٰ الجوز واللوز.. قال أبو العباس وأبو سعيد: ولأن هذا مقصود بالأكل فِي العادة، فجاز بيعُه فيه؛ لأنه مأكول، ولو جف قشره الأعلىٰ لم يجز بيعُه فيه.

وهذا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه ما روي عن النبيِّ ﷺ

(١) الأم (٣/ ٥٢).

(٢) أحمد بن أحمد الطبري، البغدادي، شيخ الشافعية في طبرستان، توفي مرابطًا بطرسوس.

أنه نَهىٰ عن بيع الغرر[١]، والغررُ هو انطواء عاقبة الشيء عن الإنسان، وهذا إذا اشتراه وعليه هذه القشرة لا يعلم هل فيه شيء أم لا، وهل هو سليم، وهذا غرر.

ومن جهة القياس: أنه مستور بما لا مصلحة له فيه، وإنما لا يدخر عليه فِي العادة، فلم يجز بيعُه علىٰ هذه الصفة، أصل ذلك: تراب الصاغة، وتراب المعادن إذا كان فيه ذهب أو فضة.

واستدلالٌ ذكره الشافعي وهو أنه قال: لا يجوزُ بيعُ الشاة المذبوحة فِي جلدها[٢]، وهذا أولىٰ أن لا يجوز؛ لأن الشاة لها جَسٌّ ومسٌّ، وهو لا يجوزُ ذلك، فلأن لا يجوزُ هذا أولىٰ.

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بالآية، فهي عامة، وقوله ﷺ ونَهيه عن بيع الغرر أخصُّ منها، والخاصُّ يقضىٰ به علىٰ العام.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه مستور بحائل من أصل الخِلْقة، فهو أنه يبطل بجلد الشاة المذبوحة، ويبطل بتراب المعادن، وبالطعام فِي التبن.

قالوا: فعندنا أن ذلك جائز، فلا نسلِّم الأصل.. **والجوابُ**: أنا نريد بذلك أن يكون البيع منبرمًا ليس فيه خيار الرؤية، وهناك لا يكون البيع منبرمًا، وإنما يثبتون له خيار الرؤية، والمعنىٰ فِي الأصل الذي قاسوا عليه من الجوز واللوز أن ذلك القشر هو مصلحة له ويُدخر هو عليه فِي العادة فلهذا جاز، وفِي مسألتنا بخلافه.

وأما الجوابُ عن قول أبي العباس وأبي سعيد أنه يؤكل فِي العادة، ويقصد منه ذلك، فلا نسلِّم، بل العادة بخلاف ذلك، ولا يُفعل ما ذكروه إلا فِي حالة الاضطرار، وأما حالة الاختيار فلا يكون ذلك.

---

(١) أخرجه أحمد (٨٨٨٤) ومسلم (١٥١٣) وأبو داود (٣٣٧٦) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلَمْ أَجِدْ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَأْخُذُ عُشْرَ الْحُبُوبِ فِي أَكْمَامِهَا، وَلَا يُجِيزُ بَيْعَ الْحِنْطَةِ بِالْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا)(١) الفَصْل.

وهذا كما قال.. وجملةُ ذلك أن الحبوب علىٰ ضربين؛ منه ما يخرج ليس عليه غشاء ولا له كمام تستره، مثل الشعير، والذرة، والأرز.

وذهب الشيخ أبو حامد إلىٰ أن الأرز بمنزلة الحنطة، ولا يجوزُ بيعُه إلَّا إذا أُخرج من قشره، وهذا غلطٌ؛ لأن الأرز يُدخر فِي قشره وفِي ذلك مصلحة له، وإذا أُخرج من قشره أسرع التغير إليه، فهو بمنزلة الجوز واللوز فِي القشر الثاني، فهذا قبل بدو الصلاح فيه لا يجوزُ بيعُه إلا بشرط القطع، وأما إذا بدا صلاحه جاز بيعُه بشرط القطع، ومطلقًا، وبشرط التبقية، وسواء كان بعد بدو الصلاح فيه فِي سنبله، أو كان قد حصل وهو علىٰ وجه الأرض.

وأما الضرب الثاني وهو ، ما هو مستورٌ بكمام، وله غشاء، مثل الطعام وغيره من الحبوب، فلا يجوزُ بيعُه فِي سُنبله إلا قبل بدو الصلاح فيه بشرط القطع، وأما بعد بدو صلاحه فلا يجوزُ بيعُه فِي السنبل حتىٰ يفرِكَ عنه، وهو قوله الجديد، وقال فِي القديم: يجوز بيعُه فِي السنبل، وبه قال أبو حنيفة، ومالك، فجوَّزا بيعَه فِي سنبله إذا اشتد واستحكم.

واحتج من نصر قولهما بقوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، وهذا عام.

ومن جهة السنة: ما روىٰ أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهىٰ عن بيع العنب حتىٰ يسود، والحب حتىٰ يشتد(٢).. وهذا يقتضي أنه متىٰ اشتد جاز بيعُه.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨).

(٢) أخرجه أحمد (١٣٦١٣) وأبو داود (٣٣٧١) والترمذي (١٢٢٨) وابن ماجه (٢٢١٧).

وأيضًا بما روىٰ ابنُ عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن بيع الحبوب فِي السُّنبل (حتىٰ تطلع الثريا)[1]، أو تذهب العاهة[2].

ومن السنة أيضًا: ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع الطعام حتىٰ يفرِك[3]. ومعناه: حتىٰ يبلغ أوان الفرك.

ومن القياس: قالوا: مستورٌ بحائل من أصل الخِلقة، فجاز بيعُه فيه، أصل ذلك: قشر الجوز واللوز.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع الغرر[4]، وفِي هذا أعظم الغرر؛ لأنه قد انطوىٰ عنه عاقبة أمره فيه، فلا يعلم هل فيه طعام أو ليس فيه طعام، أو هو أسود أو أبيض، فلهذا لم يجز بيعُه فِي الحالة، وأيضًا روي عن النبيِّ ﷺ أنه نَهىٰ عن بيع الحب حتىٰ يَفْرِكَ، وهذا نص.

ومن القياس: أنه مستَتِر بما لا مصلحة له فيه، وما لا يدخر عليه فِي العادة، فلم يجز بيعُه فيه، أصل ذلك: إذا كان فِي تِبْنِهِ، وأصله: الشاة المذبوحة فِي جلدها.

واستدلالٌ فِي المسألة ذكره الشافعي[5]، وهو أن الشاة المذبوحة إذا لم يجز بيعُها فِي جلدها، ولها جسٌّ ومسٌّ، فلأن لا يجوزُ بيع الطعام فِي غشائه وليس له ذلك أولىٰ.

---

(١) في (ق): «حتىٰ تيبس».

(٢) أخرجه أحمد (٥٠١٢، ٥١٠٥).

(٣) أخرجه أحمد (١٢٦٣٨) والبيهقي (١٠٦١٤) عن أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) أخرجه أحمد (٨٨٨٤) ومسلم (١٥١٣) وأبو داود (٣٣٧٦) عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٥) الأم (٣/ ٥١).

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ فهي عامة، وقولُ النبي ﷺ خاصٌّ من نَهيه عن بيع الغرر، فكان المصير إليه أولىٰ من عموم الآية، وكان قاضيًا عليها.

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بقوله ﷺ ونهيه عن بيع الحب حتى يشتد، فهو أنَّا نحمله علىٰ الحبوب التي تخرج بارزة، لا كمام عليها من الشعير والأرز والذرة، علىٰ أنه يعارضُه النهيُ عن بيع الغرر.

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بقوله: «حتى تبيض وتذهب العاهة»، فهو محمولٌ علىٰ الشعير، والذرة، والأرز، بدليل ما ذكرناه.

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بقوله ﷺ: «حتى يفرك»، وأن المراد بذلك حتى يبلغ أوان الفرك، فهو أنه محمول علىٰ الشعير، والأرز، والذرة، **والثاني:** أنه قد روي «**حتى يفرك**» يعني يُداس ويُخرج من سنبله، وقد يجوز أن يكون للشيء غايتان وأكثر، والدليلُ عليه قوله تعالىٰ: ﴿**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ**﴾ [البقرة: ٢٣٠] فجعل الغاية النكاح، ومعلوم أنها إذا تزوجت أن التحريم باقٍ حتىٰ يذوقَ عُسيلتها وتذوق عُسيلته، وهذه غايةٌ أخرىٰ ثبتت بالسُّنة، فإذا ذاق عُسيلتها فالتحريم بعد باقٍ، حتىٰ تحصل الفرقة بينها وبين الثاني، فإذا فارقته فالتحريمُ باقٍ حتىٰ تنقضي عدتُها منه، فقد حصل فِي ذلك غايات جماعة.

كذلك هاهنا قوله «**حتى يفرك**» المراد بذلك كما قلتم يبلغ أوان الفراك، ثم ثبت له غاية أخرىٰ بقوله: «**حتى يفرك**» وهو الدِّياس، فنكون قد جمعنا بين اللفظين، وتخلصنا من الغرر؛ لأن فِي بيعه وهو مستتر بقشرته غرر عظيم.

والثالث: أن الحبوب التي كانت عندهم أكثرها الذرة والشعير، ولم يكن

عندهم الطعام، فالخطاب فيما هو عندهم؛ لأن الطعام كان يجلب إليهم من الشام واليمن، ولهذا قال: «**فِي المُصَرَّاة صاعًا من تمر لا سمراء**»[1] فإن ذلك لتعذرها عندهم وعزتِها.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أنه حائلٌ من أصل الخِلقة، فهو منتقضٌ بجلد الشاة المذبوحة، وبه إذا كان الطعامُ فِي التِّبْنِ، ومع ذلك لا يجوز، والمعنىٰ فِي الأصل الذي قاسوا عليه أن ذلك القشر يدخر علىٰ الجوز واللوز فِي العادة، وهو حافظٌ لمنفعته فلهذا جاز، وفِي مسألتنا بخلافه، فافترقا.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَثْنِيَ مِنَ الثَّمَرَةِ مُدًّا؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي كَمْ الْمُدُّ مِنْ الْحَائِطِ، أَسَهْمٌ مِنْ أَلْفِ سَهْمٍ، أَوْ مِنْ مِائَةِ سَهْمٍ، أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ، فَهَذَا مَجْهُولٌ)[2].

وهذا كما قال.. وجملة ذلك أنه إذا باع ثمرة حائطه ثم استثنىٰ بعضها فقال «بعتُك جميع هذه الثمرة، إلا قفيزًا منها»، [أو «إلا][3] مدًّا منها»، أو «إلا كذا وكذا رِطْلًا منها»، فإنه لا يصِحُّ هذا البيع.

وكذلك إذا قال «بعتُك هذه الصُّبْرة من الطعام إلا قفيزًا منها»، [أو «إلا][4] رطلًا منها»، فإنه لا يصِحُّ هذا البيع؛ لأن المستثنىٰ من البيع مجهول، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: يصح البيع، واحتج علىٰ ذلك بأن قال: استثنىٰ فِي البيع

---

(١) الأوسط (٧٩٠٧- ٧٩٠٨).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨).

(٣) في (ق): «وإلا».

(٤) في (ق): «وإلا».

قدرًا معلومًا من المبيع فوجب أن يصح البيع، أصل ذلك: إذا كان قد استثنىٰ النصف أو الربع أو الخمس، وأيضًا فأنتم قلتم إذا باعه نخلًا واستثنىٰ منها نخلة أو أكثر، فإنه يصح، فكذلك فِي مسألتنا إذا باعه الثمرة واستثنىٰ بعضها يجب أن يصح.

وأيضًا فإنه لو أفرد القدر الذي استثناه بالبيع لصح، فكذلك إذا استثناه فِي البيع، ولا فرق بينهما.

وهذا عندنا غيرُ صحيحٍ، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن الثُّنيا[1]. وهذا يقتضي جميع الثنيا، إلا ما يخصه الدليل.

وأيضًا، فإن المبيع تنتفِي عنه الجهالة بأحد ثلاثة أشياء: إما أن تعلم بالأجزاء، أو بالكيل، أو بالوزن، وها هنا إذا حصل الاستثناء منه بكيل أو وزن، فقد حصلت الجهالة فِي المبيع، فلا يعلم القدر الباقي كم هو، والجهالة له تفسده.

قالوا: فيبطل به إذا قال له «بعتُك هذه الصُّبْرة»، فإنه لا يعلم ذلك.

قلنا: الكل عبارة عن النصفين، والثلث، والثلين، فالأجزاء فِي ذلك معلومة.

وأما الجوابُ عن قولِهم إنه استثنى قدرًا معلومًا من المبيع، فوجب أن يصح كما إذا استثنى النصف والربع، فهو أن المعنىٰ فِي الأصل أن المبيع تنتفِي عنه الجهالة إذا استثنىٰ ربعه؛ لأنه يعلم أنه ثلاثة أرباع البستان، وليس كذلك إذا استثنىٰ منه مدًّا معلومًا، أو رِطْلًا معلومًا، فإنه لا يدري كم هو المبيع، فافترقا.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٢٩٠) عن جابر رضي الله عنه.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أنه لو قال «بعتُك ربعه أو خمسه؛ صح، فكذلك إذا استثنىٰ ذلك وهو بمنزلة قوله «بعتُك قفيزًا من هذه الصُّبْرة» فإنه يصح، فهو أن المعنىٰ فيه إذا باع الربع أو الثلث أن المبيع قد حصل معلومًا، فلهذا صح البيع، وكذلك إذا قال «بعتُك قفيزًا من هذه الصُّبْرة»، وليس كذلك هاهنا، فإن المستثنىٰ لا يعلم به كم بقي من المبيع، فلهذا لم يصح.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أنه إذا باع نخلًا واستثنى منها نخلة فإنه يصح، فكذلك فِي مسألتنا، فهو أن هناك صحَّ أن يصف المبيع علىٰ الصحة، فيقول: «هذه وهذه إلا هذه»، فهو معلوم، فلهذا صح، وفِي مسألتنا لا يمكنه أن ينبئ كم قدر المبيع بالإشارة إليه، فافترقا.

فوِزان مسألتنا من المبيع أن يقول «بعتُك هذا النخل إلا نخلة منها»، فإنه لا يصِحُّ البيع؛ لأنها غير معينة، إذا ثبت هذا، فإن باع جميع الثمرة إلا نصفها أو ثلثها أو ربعها فإنه يصح؛ [لأن قدر المبيع معلوم، وكذلك إن أفرد الربع أو النصف بالبيع فإنه يصح][1].

وأما إذا قال «بعتُك هذا النخل إلَّا واحدة منه» فإنه لا يصح؛ لأنها غير معينة، وإن قال «هذه وهذه إلا هذه» فإنه يصح؛ لأن المبيع قد علم بالإشارة إليه.

• فَصْلٌ •

إذا قال «بعتُك هذه الصُّبْرة من الطعام إلَّا قفيزًا منها»، فإنه لا يصِحُّ البيع؛ لأن المبيع يكون مجهولًا، فإن باع جميعها فإنه يصح بالإشارة إليها، وأما إذا قال «بعتُك قفيزًا من هذه الصُّبْرة إلا مكُّوكًا»، أو «إلا رِطلًا»، فإنه يصح البيع؛ لأن المبيع معلوم، والقدر الذي استثناه معلوم.

---

(١) ليس في (ق).

واستثناء المعلوم من المعلوم هو الاستثناء الصحيح؛ لأن الاستثناء علىٰ أربعة أضرب: استثناء مجهول من مجهول ولا يصح، واستثناء مجهول من معلوم ولا يصح، واستثناء معلوم من مجهول ولا يصح، وبقي استثناء المعلوم من القدر المعلوم وهو الصحيح.

• فَصْلٌ •

قال الشافعي فِي «الصرف»[1]: إذا قال «بعتُك ثمرة هذا البستان بأربعة آلاف درهم إلا ما يخص ألفًا منها»، فإن هذا الاستثناء يكون صحيحًا؛ لأن ما يخص ألفًا منها هو ربع الثمرة فصح؛ لأن كل ربع منه فِي مقابِلِه ألف من الدراهم، فأما إن قال «بعتُك ثمرة هذا البستان بأربعة آلاف درهم إلا ما يخص قيمة ألف منها بسعر اليوم» فإنه لا يصِحُّ البيع؛ لأن قيمة ما يخص الألف من الثمرة لا يعلم، فلهذا قلنا: لا يصِحُّ البيع.

• فَصْلٌ •

إذا قال «بعتُك هذا الثوب بدينار إلا درهم»، فإنه لا يصِحُّ البيع؛ لأن قيمة الدرهم لا يُعلم كم هي من الدينار، فيكون استثناء مجهول من معلوم، ولا يجوز، فإن كان يعلم قيمة الدرهم من الدينار إما عُشره أو نصف عُشره فإنه يصح البيع؛ لأنه يكون استثناء معلوم من معلوم، وهذا يجوز، كما لو قال بمائة درهم إلا عشرة دراهم، فإنه يصح ذلك، كذلك هاهنا مثله.

• فَصْلٌ •

قال فِي كتاب «الصرف»: إذا باع شاةً، واستثنىٰ سواقطها، فإنه لا يصِحُّ

---

[1] الأم (٣/ ٨٥).

هذا البيع، مثل أن يقول «بعتُك هذه الشاة إلا سواقطها» أو عيَّن شيئًا من ذلك مثل أن يقول إلا رأسها، أو يديها، فإن الحكم سواء[(١)].

ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو حاضر، أو يكونا حاضرين أو مسافرين، وبه قال أبو حنيفة، وقال فِي حق المسافِرِ يجوز ذلك، ولا يجوزُ فِي حق الحاضر.

واحتج علىٰ ذلك بأن قال: المسافرُ مقصودُه من ذلك اللحم، ولا يمكنه عمل الأطراف، فرُخص له فِي ذلك، وليس كذلك الحاضر، فإنه يمكنه إصلاح الأطراف، فلم يُرخَّص له فيه.

وهذا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه أنه بيع ما لا يجوزُ فِي حق الحاضر، فلا يجوزُ فِي حق المسافر، أصلُ ذلك: سائر البيوع الفاسدة.

قياسٌ آخر، وهو أنه باع شاة، واستثنىٰ سواقطها، فوجب أن لا يجوز، أصلُ ذلك: فِي حق الحاضر.

قياس ثالث، قال القاضي: ولأن ما لا يجوزُ إفراده بالبيع لا يجوزُ استثناؤه فِي البيع، أصل ذلك: الحمل، فإنه لو أفرده بالبيع لم يصح، وكذلك إذا استثناه فِي البيع، كذا هاهنا، لما كان لا يصِحُّ إفراد هذه الأطراف بالبيع، كذلك لا يصِحُّ استثناؤها فيه.

وأما الجوابُ [عن قوله][(٢)] إن المسافر لا يمكنه إصلاح ذلك بخلاف الحاضر، فلا نسلِّم، بل هما سواء، ويمكنه أن يطبخ الرأس والأكارع كما يطبخ اللحم، والله أعلم.

---

(١) نقله السبكي في تكملة المجموع (١١/ ٤٤٧) عن المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(٢) ليس في (ق).

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَإِنْ بَاعَ ثَمَرَ حَائِطِهِ وَفِيهِ الزَّكَاةُ فَفِيهِ قَوْلَانِ)[1] الفصل إلى آخره.

وهذا كما قال.. الثمارُ والحبوبُ التي يجبُ فيها العُشر، ثم الثمار، والحبوب المقتاتة، فالثمار هي الرطب، والعنب، والحبوبُ كل حب مقتات، ووجوب العشر فيها يكون إذا بدا فيها الصلاح، وقبل بدوه لا يجب فيها العشر.

وإذا ثبت هذا، فبدا صلاحها ووجب فيها العشر فباعها صاحبها قبل إخراج الزكاة، فهل يصح هذا البيع؟ **فيه ثلاثة أقاويل:**

أحدها: أن البيع صحيح فِي الجميع.

والقول الثاني: أن البيع باطل فِي الجميع.

والقول الثالث: أنه باطل فِي القدر المستحق، صحيح فِي الباقي.

فإذا قلنا إنه باطل فيهما فوجهه أن الزكاة إن قلنا إنها استحقاق جزء من العين فلا يصِحُّ البيع؛ لأنه يكون قد باع ملك الغير فبطل فِي الجميع؛ لأن ذلك القدر المستحق شائع فِي الجميع غير متميز.

وإن قلنا إن الزكاة تتعلق بالذمة ولا تتعلق بعين المال، فإن المال يكون مرهونًا بها حتىٰ يؤديها، والعين المرهونة لا يصِحُّ بيعُها، لتعلق حقِّ المرتهن بها.

وإذا قلنا إن البيع صحيح فيهما، فوجهه أن هذا الحق غير مستقرٍّ وإن كان قد ثبت لهم، والدليلُ علىٰ أنه غير مستقر أن له أن يعطيهم من غيره، وإذا

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨).

لم يكن مستقرًّا جاز له أن يتصرف فيه بالبيع وغيره، الدليل عليه: البائع فِي زمان الخيار لما كان ملك المشتري غير مستقرٍّ جاز له أن يتصرف، كذلك هاهنا.

وكذلك المريضُ مرضًا مخوفًا، قد تعلق حق الورثة بثلثي ماله، فلا يجوزُ له أن يوصي بما زاد علىٰ الثلث، ومع ذلك هو مسلطٌ علىٰ ما تعلق به حقُّهم حيث لم يكن مستقرًّا فله أن يصرفه فِي الأشربة والأدوية، وليس لهم الاعتراض عليه، كذلك هاهنا مثله.

وإذا قلنا إنه باطل فِي قدر الزكاة، صحيح فِي الباقي، فوجهه أن القدر المستحق هو ملك الغير، فبطل فيه البيع، وما سواه وهو ملك له، فصح البيع، كما قلنا فِي تفريق الصفقة علىٰ أحد القولين إنه يصح.

فإذا قلنا إن البيع يكون باطلًا فِي الجميع، فإن المشتري يرد الثمرة والحب، ويسترجع الثمن فلا كلام.

وإذا قلنا إنه صحيح فيهما، فلا يخلو حال البائع من أحد أمرين؛ إما أن يدفع إلىٰ الفقراء قدر الزكاة من غير المبيع أو منه، فإن أعطاهم من غيره فلا كلام ولا خيار للمشتري؛ لأنه قد سلم له جميع المبيع، وأما إن أعطاهم من المبيع، أو جاء الفقراء وأخذوا منه حقوقهم، فإنه يثبت الخيار للمشتري؛ لأن المبيع قد نقص، وهو دخل فِي العقد علىٰ أن يسلم له الجميع، فإن شاء فسخ [العقد واسترجع الثمن][١]، وإن شاء تمم البيع.

فإن فسخ فلا كلام، وإن تمم البيع فهل يأخذ باقي المبيع بجميع الثمن أو بما يخصه منه؟ فيه قولان؛ أحدهما: أنه يأخذه بجميع الثمن، وليس بشيء، والقول الثاني - وهو الصحيح - أنه يأخذه بما يخصه من الثمن.

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

وإذا قلنا إنه باطل فِي قدر الزكاة صحيح فيما سواه، فقد تبعضت عليه الصفقة، وثبت له الخيار، إن شاء فسخ، وإن شاء تمم البيع، فإن فسخ فلا كلام، وإن أتم البيع فهل يأخذ الباقي بجميع الثمن أو بما يخصه؟ على القولين، والصحيح منهما أنه يأخذه بما يخصه من الثمن.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: (وَلَا يَرْجِعُ مَنِ اشْتَرَى الثَّمَرَةَ وَسُلِّمَتْ إِلَيْهِ بِالْجَائِحَةِ عَلَى الْبَائِعِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ سُفْيَانُ وُهِّنَ حَدِيثُهُ فِي الْجَائِحَةِ لَصِرْتُ إِلَيْهِ، فَإِنِّي سَمِعْتُهُ مِنْهُ، وَلَا يَذْكُرُ جَائِحَةً ثُمَّ ذَكَرَهَا)[١].

وهذا كما قال.. وجملةُ ذلك أنه إذا باعه ثمرة قد بدا صلاحها، فقد ذكرنا أنه يصح بشرط القطع، ويصح مطلقًا، وبشرط التبقية، ثم لا يخلو إما أن يكون قد خلَّىٰ بين المشتري وبينها، أو لم يكن خلَّىٰ بينه وبينها.

فإن لم يكن خلَّىٰ بينه وبينها حتىٰ أصابتها جائحة فهلكت، فلا يختلف المذهب أنها تكون من ضمان البائع، وأما إذا كان قد خلَّىٰ بين المشتري وبينها، ثم أصابتها جائحة، هل يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري - وإليه ذهب أبو حنيفة - لأن التخلية قبض، وقال فِي القديم إنها تكون من ضمان البائع؛ لأن القبض ليس بالتخلية وإنما هو بالنقل والتحويل.

وقال مالك: يُنظر فِي ذلك، فإن كان التالفُ دون الثلث، فهو من ضمان المشتري، وإن كان الثلث فما زاد كان من ضمان البائع.

فمن نصر القول القديم احتج بما روىٰ الشافعي عن [سُفيان بن عُيينة][٢]، عن حُميد بن قيس، عن سُليم بن عَتِيق، عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨).

(٢) تحرف في (ق) فصار: «شعبان بن عبدة»!!

أن النبيَّ ﷺ أمر بوضع الجوائح، ونَهىٰ عن بيع السِّنين[١]، وهذا يدلُّ علىٰ أنها من ضمان البائع؛ لأنه هو المأمور، وأيضًا ما روىٰ ابنُ جريج، عن أبي الزبير، عن جابر رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**إذا بعتَ رجلًا ثمرةً فأصابتْهَا جائحةٌ فلا يحلُّ لك أن تأخذَ منه شيئًا، بِمَ تأخذُ مالَ أخيك بغير حقٍّ؟!**»[٢].

ومن القياس قالوا: لأن الثمرة مما يُنقل ويُحول، فيجب أن لا ينقل الضمان بالتخلية، أصل ذلك: الثياب، والعبيد، وكلُّ ما ينقل ويحول.

واستدلال آخر، قالوا: ولأنكم قلتم: إن الثمرة اذا عطشتْ وتعذر علىٰ البائع سقيها ثبت للمشتري الرد، وإن كان الضمانُ قد انتقل إليه ما ثبت له الرد.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة قوله الجديد ما روي أن امرأة جاءت إلىٰ النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن ابني اشترىٰ من فلان ثمرة فأصابتها جائحة، فسألناه وضع - أو: فسألناه رد الثمن - فتألَّىٰ أن لا يفعل، فقال النبي ﷺ: «**تألَّى فلانٌ أن لا يفعلَ خيرًا**»[٣].

وهذا يدل علىٰ أن البائع لا يجب عليه ذلك، وإنما هو مستحبٌّ، ولو كان ذلك واجبًا كان النبي ﷺ يُجبره علىٰ ذلك.

ومن جهة القياس: أنه تسليمُ عين يتعلق به جواز التصرف، فوجب أن يُنقل الضمان إلىٰ المشتري، أصل ذلك: تسليم الأصول.

فإن قيل: هذا يبطلُ بالدار المستأجرة إذا انْهدمت، فإنه تسليمٌ فِي عين لا يمنع من جواز التصرف، وللمستأجر أن يكريها بأكثر من الأجرة، وعندكم

---

(١) الأم (٣/ ٤٨، ٥٧)، (٤/ ١٣)، وهو في مسند الشافعي (١٤٢٦) وصحيح مسلم (١٥٣٦).
(٢) أخرجه مسلم (١٥٥٤) وأبو داود (٣٤٧٠).
(٣) أخرجه أحمد (٢٤٧٤٢) عن عائشة رضي الله عنها.

بقدر الأجرة، فإذا تعذرتِ المنفعةُ كان له الرد، كذلك هاهنا مثله.

والجوابُ عنه من وجهين:

أحدهما: أنَّا قد احترزنا؛ لأنَّا قلنا (تسليم عين) والمنافعُ ليست أعيانًا، فلا يلزم نقضًا.

والثاني: من طريق الفقه لا يلزم، والفرقُ بين المنافع وبين الثمرة أن المنافع لا يمكن قبضُها، وبوجودها يحصل تلفُها، وليس كذلك الثمرة، فإنه يمكن قبضُها، فلهذا لم نجعل التخلية موجبًا للضمان.

وأما الجوابُ عن احتجاجهم بقوله ﷺ وأمره بوضع الجوائح ونهيه عن بيع السنين، فهو من أربعة أوجه:

أحدها: أن الشافعي قال «لولا أن سفيان وُهِّن حديثه لصرت إليه»؛ وذلك أنه لما ذكر الجائحة قال: كان قبل ذلك كلامٌ نسيه، فلا يكون فيه حجة[(١)].

والثاني: أنه محمولٌ علىٰ وضع الجوائح فِي بيع السنين، وهذا هو الظاهر؛ لأن البيع يكون فاسدًا، فيكون وضعها من مال البائع.

والثالث: أنَّا نحمله عليه إذا كان قد باعه الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع وإصابتها جائحة.

والرابع: أنَّا نحمل ذلك علىٰ الاستحباب، بدليل ما ذكرنا، وكذلك الجواب عن الخبر الآخر.

---

(١) قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيرًا في طول مجالستي له ما لا أحصي ما سمعته يحدثه من كثرته لا يذكر فيه: «أمر بوضع الجوائح»، لا يزيد علىٰ أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع السنين، ثم زاد بعد ذلك: وأمر بوضع الجوائح، قال سفيان: وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلامًا قبل وضع الجوائح لا أحفظه، وكنت أكف عن ذكر وضع الجوائح؛ لأني لا أدري كيف كان الكلام.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن هذه الثمرة مما يُنقل ويُحول، فوجب أن لا ينتقل الضمان فيها بالتخلية، كالثياب، والعبيد، فهو أن المعنىٰ فِي الأصل أنه غير متصل بما النقل فيه التخلية، فلهذا لم ينقل الضمان، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإنه متصلٌ بما النقل فيه التخلية، فلهذا قلنا إنه ينقل الضمان، أو نقول: إن التخلية هناك لا يتعلق بها جواز التصرف فلهذا لم ينقل الضمان، وفِي مسألتنا بخلافه.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن الثمرة إذا عطشتْ ثبت له الرد، ولو كان الضمان انتقل بالتخلية لم يثبت الرد، فهو أنه قد اختلف أصحابُنا فِي ذلك، فقال أبو علي الطبري: هذا يجيء علىٰ قوله القديم، وأما علىٰ قوله الجديد فلا يجيء هذا، وقال أبو إسحاق: يجيء هذا علىٰ القولين جميعًا، وإنما كان كذلك لأن مقتضىٰ العقد يثبت له عليه السقي؛ لأنه من تمام التسليم، فإذا تعذر علىٰ البائع ذلك فيكون كأنه تعذر تسليم بعض المعقود عليه، ومتىٰ تعذر بعض المبيع، ثبت له الرد، كما لو باعه ثوبين فتلف أحدهما، فإنه يثبت له الرد كذلك هاهنا.

وأما مالك حيث قال: إن كان التالفُ دون الثلث، فهو من ضمان المشتري، وإن كان الثلث فما زاد، فهو من ضمان البائع، فلا، إما أن يقول: إن التخلية توجب الضمان عنده أو لا تكون موجبة للضمان، فإن قال: إنها موجبة للضمان، فكان يجب أن تكون من مال المشتري سواء كان الثلث أو أقل من الثلث، وإن كان الضمان ما انتقل بالتخلية، فيجب أن يكون من ضمان البائع سواء كان أقل من الثلث أو الثلث فما زاد عليه، قال الشافعي: والفرق الذي ذكره فِي الثلث وما دونه لا يدل عليه أصلٌ ولا قياسٌ ولا معقولٌ، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

قد مضى الكلامُ فيما القبضُ فيه التخليةُ إذا تلف، فأما المبيعُ الذي يُنقل ويُحول مثل العبيد والثياب وسائر السلع، فإن هذا إذا تلف بعد العقد وقبل القبض هل يكون من ضمان البائع أو يكون من ضمان المشتري؟

لا يخلو من أربعة أحوال: إما أن يتلف بآفة سماوية، أو يتلفه البائع، أو يتلفه الأجنبي، أو يتلفه المشتري.

فأما إذا تلف بآفة سماوية فإن العقد ينفسخ، ويكون من ضمان البائع، وإنما كان كذلك؛ لأنه قد تعذر التسليمُ المستحقُّ بالعقد، فوجب أن ينفسخ العقد، كما إذا تفرقا فِي الصرف عن غير قبض، فإن العقد ينفسخُ لهذه العلة كذلك هاهنا.

وأيضًا فإنه لو قال «بعتُك العبد الآبق»، أو «الفرس الشارد»، أو «الجمل الناد»، فإنه لا يصح؛ لأن التسليم المستحق بالعقد غير موجود فلم يصح، ولا فرق فيما يوجب فسخ العقد أن يوجد الشيء مقارنًا له أو يكون طارئًا بعد العقد وقبل القبض، الدليل علىٰ صحة ذلك: العيبُ إذا وجد بالمبيع، فإنه لا فرق بين أن يكون مقارنًا للعقد، وبين أن يطرأ بعد العقد وقبل القبض، كذلك هاهنا.

وأما إذا أتلفه البائعُ فالحكمُ فيه كما لو تلف بآفة سماوية؛ لأن التسليم المستحق بالعقد قد تعذر، وأما إذا أتلفه الأجنبي فهل ينفسخ العقد؟ فيه قولان:

أحدهما: ينفسخ العقد؛ لأن تعذر التسليم قد وجد، فهو بمنزلة ما لو أتلفه البائع، وهو الصحيح.

والقول الثاني: أنه لا ينفسخ العقد، وللمشتري مطالبةُ الأجنبي بالقيمة لما

أتلفه، فيأخذها منه، وإن شاء طالب البائع بالثمن، ويفارق الحكم فيه إذا أتلفه البائع؛ لأن هناك لا يمكن أن يطالبه بالقيمة وبالثمن إذ كانا لا يجتمعان علىٰ شخص واحد، وإنما له الثمن حسب.

وأما إذا أتلفها المشتري فإنها تكون من ضمانه، ويكون بمنزلة ما لو قبضها ثم أتلفه، وهو بمنزلة ما قلنا فيه إذا اشترىٰ عبدًا ثم أعتقه وهو فِي يد البائع أنه ينفذ فيه عتقه، وهو بمنزلة ما لو قبضه وتسلمه ثم أعتقه، كذلك هاهنا.



باب فِي المزابنة والمحاقلة

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: (أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ، عَنْ عَطَاءٍ، عَنْ جَابِرٍ)[١] الحديث.

وهذا كما قال.. وجملة ذلك أن المحاقلة والمزابنة محرمة، والأصل فِي تحريمِها ما روىٰ ابنُ عباس[٢]، وجابرُ بن عبد الله[٣]، ورافعُ بن خَدِيج[٤]، وأبو سعيد الخدري[٥]: أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن المحاقلة والمزابنة، وظاهر النهي يقتضي التحريم، وإذا ثبت أنها محرمة فإن الشافعي فسرهما:

فأما المحاقلة؛ فإنها بيعُ السنابل التي انعقد فيها الحبُّ واشتد، بحب من جنسه[٦]، وحكي عن مالك أنه قال: المحاقلة إكراء الأرض للزرع بالحب.

واحتج من نصر ذلك، بما روىٰ أبو سعيد الخدري: أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن المحاقلة والمزابنة، والمحاقلة: كري الأرض.. ذكره أبو بكر بن المنذر، وفِي بعض ألفاظه: استكراء الأرض بالحنطة[٧].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨).

(٢) أخرجه أحمد (١٩٦٠) والبخاري (٢١٨٧) ومسلم (١٥٥٠).

(٣) أخرجه أحمد (١٤٣٥٨) والبخاري (٢١٨٩) ومسلم (١٥٣٦).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٤٠٠) وابن ماجه (٢٢٦٧، ٢٤٤٩).

(٥) أخرجه أحمد (١١٠٢١) والبخاري (٢١٨٦) ومسلم (١٥٤٦).

(٦) المحاقلة بيع الزرع وهو في سنبله بالبر، وهو مأخوذ من الحقل، والحقل هو الذي يسميه أهل العراق القراح، وهو في مثل يقال: لا ينبت البقلة إلا الحقلة.

(٧) الأوسط (١١/ ٨٢- ٨٣).

وهذا عندنا غيرُ صحيح، لما رویٰ الشافعي[١] عن سفيان بن عيينة، عن ابن جُريج، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن المحاقلة والمزابنة، والمحاقلةُ أن يبيع الرجلُ الزرعَ بمائة فَرَق حنطة، والمزابنةُ أن يبيع التمر فِي رءُوس النخل بمائة فَرَقٍ تمر.

وإذا تعارض هذان التفسيران كان ما قلناه أولىٰ؛ لأنه اقترن به الاشتقاق، وهو أن الحقل هو القَراح المزروع، وذلك لا يصِحُّ إجارته بحال؛ لأنه مشغولٌ بزرع صاحبه، ويجوز بيعُه، فدل علىٰ أن النهي متوجه إلىٰ البيع بحب من جنسه.

وأيضًا يدل عليه القياس، وهو أن الأجرة بدل من منافع الأرض، وليس فِي كون الحب أجرة لمنافع الأرض معنىً يوجب فساد العقد، وليس كذلك بيعُ السنابل بجنسها من الحب؛ لأنه لا يؤمن التفاضل فيها، وذلك ربا، فإذا كان كذلك، وجب تقديمُ تفسير جابر بن عبد الله علىٰ ما روي عن أبي سعيد الخدري.

• فَصْلٌ •

وأما المزابنة[٢]، **فإنها بيعُ التمر على رءوس الشجر، بتمر موضوع على الأرض**، والدليلُ علىٰ صحة هذا ما رویٰ عطاء، عن جابر بن عبد الله، عن النبيِّ ﷺ، وقد بينتُه، وأيضًا رویٰ نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ

---

(١) الأم (٣/ ٦٣) ومسند الشافعي (١٤١٤) والسنن الكبرىٰ للبيهقي (٥/ ٥٠٢).

(٢) سُميت مزابنة؛ لأن المتبايعين إذا وقفا فيه علىٰ الغبن أراد المغبون أن يفسخ البيع، وأراد الغابن أن يمضيه، فتزابنا، أي تدافعا واختصما، والزبن الدفع، يقال زبنته الناقة إذا دفعته برجلها، فسمي هذا الضرب من البيع مزابنة لأن المزابنة وهو التدافع والقتال يقع فيه كثيرًا.. ينظر: غريب الحديث لابن قتيبة (١/ ١٩٣).

نَهَىٰ عن المزابنة، والمزابنة بيعُ التمر بالتمر كيلًا، وبيع العنب بالزبيب كيلًا[١].

قال الشافعي[٢]: فإما أن يقول «أضمنُ لك صُبْرتك هذه بعشرين صاعًا، فما زاد فلي، وما نقص فعليَّ إتمامها»، فإن ذلك من القمار والمخاطرة، وليس من المزابنة، وزاد فِي «الأم» فقال: وهو مِنْ أكْلِ المال بالباطل.

وقال فِي «الأم»[٣]: وإذا قال الرجل للرجل «عُدَّ [قثاءَك أو][٤] بِطيخَك المجموع فما نقص من مائة فعلي تمام المائة، وما زاد فلي، وما نقص فعلي»، فهذا كلُّه محرم ومن أكل المال بالباطل.

فرع

قال فِي «الأم»[٥]: وإذا باع صُبْرة بصُبْرة من الطعام فإن كانا جنسين جاز البيع، وجملتُهُ: أن رجلًا إذا باع من رجل صُبْرة من طعام بصُبْرة، فلا يخلو من أن يكونا جنسين، أو جنسًا واحدًا، فإن كانا جنسًا واحدًا نُظر، فإن كانا قد كالا وعَرَفا تساويهما فِي المقدار جاز البيع، وإن جَهَلا مقدارهما ولم يشترطا التساوي لم يجز؛ لأن ما يجري فيه الربا لا يجوزُ بيعُ بعضه ببعض جِزافًا[٦].

وإن قال «بعتُك هذه الصُّبْرة بهذه الصُّبْرة كيلًا بكيل سواء بسواء»، فقال «اشتريتُ»، فإنهما يكالان، فإن خرجتا سواء جاز البيع، وإن كانت إحداهما أكثر من الأخرىٰ قال فِي «الأم»[٧]: فيهما قولان:

---

(١) مسند الشافعي (١٤١١).

(٢) الأم (٣/ ٦٣).

(٣) الأم (٣/ ٦٤).

(٤) ليس في (ق).

(٥) الأم (٣/ ٦٣).

(٦) الجزاف بتثليث الجيم.

(٧) الأم (٣/ ٦٤).

أحدهما: البيعُ باطل. قال الشافعي: وبه أقول؛ لأنه وقع علىٰ حرام وحلال، يريد به أن الربا يحرمه.

والقول الثاني: للذي نقصت صُبْرته الخيارُ بين أن يفسخ البيع؛ لأنه لم يسلم إليه الكل، وبين أن يجيز بمقدار صُبْرته من صُبْرة صاحبه. قال الشافعي: وهذا ضعيفٌ ليس بقياس.

وأما إذا كانتا من جنسين مختلفين، فإن لم يشترطا كيلًا بكيل سواء بسواء، فإن البيع صحيح؛ لأن التفاضل جائز فِي الجنسين، وإن اشترطا أن يكون كيلًا بكيل سواء بسواء، فإن خرجتا متساويتين فِي الكيل جاز البيع، وإن خرجتا متفاضلتين بأن تبرع صاحب الصُّبْرة الزائدة بالزيادة[1] جاز البيع، وإن امتنع من ذلك ورضي صاحب الصُّبْرة الناقصة بأن يأخذ بقدرها من الصُّبْرة الزائدة جاز البيع.

وإن تمانعا فسخ البيع بينهما، لا لأجل الربا، ولكن لأن كلَّ واحدٍ منهما باع صُبْرته بجميع صُبْرة صاحبه علىٰ أنهما سواء فِي المقدار، فإذا تفاضلا وتمانعا وجب فسخ البيع بينهما، والله الموفق للصواب.



(١) في (ق): «بالربا» وهو تحريف.

باب بيع العرايا

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، عَنْ دَاوُد بْنِ الْحُصَيْنِ، عَنْ أَبِي سُفْيَانَ مَوْلَى ابْنِ أَبِي أَحْمَدَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، أَوْ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ. الشَّكُّ مِنْ دَاوُد)[١] إلى آخره.

وهذا كما قال.. يجوزُ بيعُ العرايا، وهو بيعُ التمر علىٰ رءوس النخل خرصًا بمثله من التمر كيلًا، ويجوز فيما دون خمسة أوسق قولًا واحدًا، وفِي خمسة أوسق قولان، ولا يجوزُ فيما زاد علىٰ خمسة أوسق.

وقال أبو حنيفة: لا يجوزُ ذلك فِي القليل (ولا فِي)[٢] الكثير، وهو ربا[٣].

وقال مالك: يجوز فِي موضع مخصوص، وهو أن يهب رجلٌ لرجل ثمرة نخلة من بستانه، ثم يشق عليه دخوله فِي البستان فيشتريها منه بخرصها تمرًا بتمر، ويعجله له.

واحتج من نصر قول أبي حنيفة بما روىٰ ابنُ عمر ﷺ أن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن المزابنة، والمزابنةُ بيعُ التمر بالتمر كيلًا، وبيعُ العنب بالزبيب كيلًا. ولم يفرِّق بين القليل والكثير، فهو علىٰ عمومه.

ومن القياس: أنه مكيلٌ بيع بجنسه خرصًا، فوجب أن لا يجوز، أصله: إذا كان من خمسة أوسق.

وأيضًا فإن المحاقلة لا تجوز فِي القليل والكثير، فوجب أن لا تجوزُ المزابنة فِي القليل والكثير، ولا فرق بينهما؛ لأن المحاقلة بيعُ الحب فِي

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨-١٧٩).

(٢) في (ق): «دون» وهو غلط.

(٣) مختصر اختلاف العلماء (٣/ ١٢٠).

السنابل بجنسها من الحبِّ الموضوع علىٰ الأرض، والمزابنةُ بيعُ الثمر علىٰ رءوس الشجر بالتمر الموضوع علىٰ الأرض، فكانت المحاقلةُ من الحب كالمزابنة فِي التمر.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة قولنا ما روىٰ الشافعيُّ(١) عن مالك(٢)، عن داود بن الحُصين، عن أبي سُفيان مولىٰ ابن أبي أحمد، عن أبي هريرة ﵁ أن رسول الله ﷺ أرخصَ فِي بيع العرايَا فيما دون خمسةِ أوسقٍ أو فِي خمسة أوسق. الشك من داود بن الحصين.. فدلَّ هذا علىٰ أن البيع جائز فِي أقلَّ من خمسة أوسق، وهو نصٌّ، وإسنادُه ثابتٌ صحيحٌ(٣).

وأيضًا روىٰ الشافعيُّ(٤) عن سفيان بن عيينة، عن [يحيىٰ بن](٥) سعيد، عن بُشَير بن يسار، عن سهل بن أبي حَثْمَةَ ﵁ أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن بيع التمر بالتمر، إلا أنه أرخص فِي العرايا أن تباع بخرْصها تمرًا يأكلها أهلها رطبًا(٦). وهذا نصٌّ وإسناده ثابتٌ صحيحٌ.

فإن قال المخالف: هذا لا حجة فيه؛ لأنه كان قبل تحريم الربا.

فالجوابُ: أن هذا غيرُ صحيح؛ لأن النبيَّ ﷺ استثنىٰ العرايا من النهي عن المزابنة، وهذا يدل علىٰ أنه بعد تحريم الربا، ولأنه شرط فيه الخرص، ولو كان قبل تحريم الربا لم يحتج إلىٰ المماثلة بالخرص، ولأنه قدرها فِي حديث أبي هريرة بما دون خمسة أوسق، ولو كان قبل تحريم الربا لم يكن

---

(١) مسند الشافعي (١٤٠٨).

(٢) موطأ مالك (٢/ ٦٢٠).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٩٠) ومسلم (١٥٤١).

(٤) مسند الشافعي (١٤٠٩).

(٥) ليس في (ق).

(٦) صحيح البخاري (٢١٩١).

فرق بين خمسة أوسق وبين ما دونها أو فوقها.

فإن قيل: العرايا جمع عرية وهي العطية؛ قال الشاعر[١]:

لَيسَتْ بِسَنْهَاءَ وَلَا رُجَبيَّة ولكن عَرَايَا فِي السِّنين الجَوَائِح

وإذا كان كذلك حملناه علىٰ رجل وهب لرجل ثمرة نخلة من بستانه، فشق عليه دخولُه إليه، فرجع فِي الهبة؛ لأنه لم يكن سلم إليه الثمرة وأعطاه بدلها تمرًا[٢].

والجوابُ: أن أهل اللغة اختلفوا فِي ذلك فمنهُم مَن قال مثل ذلك وهو قول أبي عبيد[٣]، ومنهُم مَن قال: إن العرية ما عري من جملة البُستان وأُفرد من نخلة أو نخلتين وتركهما للأكل، أو وهبهما، أو جعلهما للمارة والسابلة، فأذن فيما دون خمسة أوسق، وخُصَّ بالرخصة وجُعل للناس شراؤه، واستثني من جملة المزابنة المنهي عنها، فسمي عرية لذلك، وقد نص الشافعيُّ علىٰ هذا فِي «الأم»[٤]، وإذا احتمل هذين المعنيين كان حملُه علىٰ ما قلناه أولىٰ؛ لأن العطية هبة، والخبر نصٌّ فِي إباحة المنع، فلم يجز حمله علىٰ الهبة[٥].

فإن قيل: لما أعطاه التمر بدلًا من الثمرة التي علىٰ النخلة جاز أن يسمىٰ بيعًا، **فالجوابُ**: أنَّ ذلك لا يُسمىٰ بيعًا لا فِي اللغة ولا فِي الشرع، وذلك أنه إذا وهب الثمرة ولم يسلم ثم رجع فِي الهبة، فإن الثمر الذي يعطيه هبة

---

(١) البيت في الزاهر في معرفة كلام الناس (٢/ ٣٥٥) وتهذيب اللغة (٦/ ٧٩).

(٢) مختصر اختلاف العلماء (٣/ ١٢٠).

(٣) غريب الحديث (١/ ٢٣١).

(٤) الأم (٣/ ٥٤).

(٥) في (ق): «الإباحة».

مستأنفة، ليست ببدل من الثمرة التي فسخ الهبة فيها، ولأنه قال: «**يأكُلُها أهلُها رطبًا**»، وها هنا يأكلون ثمرًا، فبطل ما قاله.

وأيضًا روىٰ الشافعي[١] بإسناده، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن المزابنة إلا أنه رخص فِي العرايا، وهذا يدل علىٰ أن العرايا بيعٌ؛ لأن المزابنة بيعٌ، فيجبُ أن يكون المستثنىٰ من [المزابنة بيعًا؛ لأن حقيقة الاستثناء أن يكون المستثنىٰ من][٢] جنس المستثنىٰ منه.

وروىٰ الشافعي[٣]، عن محمود بن لَبِيد أنه قال: قلتُ لزيد بن ثابت: ما عراياكم هذه؟ فسمىٰ رجالًا محتاجين من الأنصار، شكوا إلىٰ رسول الله ﷺ أن الرطب تأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبًا، وعندهم فضولٌ من قوتِهم من التمر، فرخَّص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرْصها من التمر الذي فِي أيديهم يأكلونَها رطبًا، وهذا نصٌّ، وفِي ذلك أخبارٌ كثيرةٌ تدل علىٰ ما قلناه، والمعولُ علىٰ الحديثين الأولين؛ لصحتهما وصريح لفظهما.

ومن القياس: أن ما جاز بيعُه فِي شجره بغير التمر جاز بيعُه بالتمر، أصله: العنب والسعف والأغصان.

وأيضًا، فإن الخرْص تُقدر فيه الثمار فِي العادة فجاز أن تستوفىٰ به المماثلة فيها، أصله: الكيل، والمسألة مبنية علىٰ السُّنة، ولا قياس فيها يُعول عليه.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من النهي عن المزابنة، فهو أن خبر العرايا خاص واستثناء من المزابنة، والخاصُّ يقضىٰ به علىٰ العام، والاستثناءُ مقدمٌ

---

(١) مسند الشافعي (١٤١٤) والسنن الكبرىٰ للبيهقي (٥/ ٥٠٢).

(٢) ليس في (ق).

(٣) الأم (٣/ ٥٤).

علىٰ المستثنىٰ منه، وهذا كما نقول فِي أن قوله: «**من سلَّف فليسلف فِي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم**»[١] مقدَّم علىٰ نَهيه عن بيع ما ليس عنده، وكما يجب أن يقضىٰ بالسُّنة فِي إباحة الجراد والسمك علىٰ تحريم الميتة.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم فمن وجهين:

أحدهما: أنه مخالفٌ لنص السُّنة فوجب إطراحُه.

والثاني: أن الخرْص فيه غرر؛ لأنه يجوزُ أن يخطئ الخارص، فيكون أقلَّ مما خرصه أو أكثر منه، فأُجيز فِي القليل، وهو فيما دون خمسة أوسق، ومُنع من الكثير، وهذا كما نقول إن الخيار يجوز فِي ثلاثة أيام، ولا يجوزُ أكثر من ذلك، فإذا كان هكذا لم يجز اعتبار ما دون خمسة أوسق بما زاد عليها.

وأما الجوابُ عن المحاقلة فمن وجهين:

أحدهما: أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن المحاقلة من غير استثناء، ونهىٰ عن المزابنة واستثنىٰ منها بيع العرايا، فوجب العملُ بكلٍّ واحدة من السُّنتين.

والثاني: أنه لا حاجة بالناس إلىٰ شراء السنابل بالحنطة وبهم حاجة إلىٰ شراء الثمرة علىٰ رءوس النخل بفضول قوتِهم من التمر، فرخَّص لهم فِي ذلك للحاجة، والله الموفق للصواب.

فَرع

إذا كان الرجل له نخلةٌ عليها ثمرة، ولآخر نخلةٌ عليها ثمرة، فخرصاهما تمرين فهل يجوز ذلك؟ اختلف أصحابُنا فيه علىٰ ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجوز، ذهب إليه أبو علي بن خيران[٢]، واحتج بما روىٰ

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٣٩) ومسلم (١٦٠٤) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) الحسين بن صالح بن خيران ، أحد أركان المذهب، من كبار الأئمة ببغداد.

خارجة بن زيد بن ثابت، عن أبيه: أن النبيَّ ﷺ رخَّص فِي بيع العرايا بالتمر والرطب[١].

والثاني: إن كان نوعًا واحدًا لا يجوز، وإن كانا نوعين يجوز، وحكي ذلك عن أبي إسحاق، واحتج بأنهما إذا كانا نوعين مختلفين، استفاد بالعرية أكل رطب ليس عنده، فيجوز، ويكون بمعنىٰ من عنده تمر وليس عنده رطب.

والثالث: لا يجوزُ بحال، وإنما يجوز بيعُه بالتمر الموضوع علىٰ الأرض كيلًا، وحكي هذا عن أبي سعيد الإصطخري، ووجهُه ما روىٰ سهلُ بن أبي حَثْمَةَ رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن بيع التمر بالتمر، إلا أنه أرخص فِي العرايا أن تباع بخرْصِها تمرًا، يأكلها أهلُها رطبًا[٢]، وحديثُ زيد بن ثابت[٣] فِي رجالٍ من الأنصار شكوا إلىٰ رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم، فدل علىٰ ذلك، وأيضًا فإن الأصلَ تحريمُ المزابنة، إلا ما استثني منه، وهذا قد استثني منه، فوجب أن يكون ما عداه محرمًا.

فرع

إذا بيع رطبٌ فِي رءوس النخل خرصًا برطب موضوع علىٰ الأرض كيلًا، ففيه الأوجه الثلاثة التي ذكرناها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المزني رحمه الله: (اخْتَلَفَ مَا وَصَفَ الشَّافِعِيُّ فَكَرِهْتُ الْإِكْثَارَ، وَأَصَحُّ ذَلِكَ عِنْدِي مَا جَاءَ فِيهِ الْخَبَرُ، وَمَا قَالَ فِي كِتَابِ «اخْتِلَافِ الْأَحَادِيثِ» وَفِي

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٦٢) والنسائي (٤٥٣٧).

(٢) صحيح البخاري (٢١٩١).

(٣) الأم (٣/ ٥٤).

«الْإِمْلَاءِ» أَنَّ قَوْمًا شَكَوْا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ لَا نَقْدَ عِنْدَهُمْ، وَلَهُمْ تَمْرٌ مِنْ فَضْلِ قُوتِهِمْ، فَأَرْخَصَ لَهُمْ فِيهَا)[١].

وهذا كما قال.. قد ذكرنا أن بيعَ العرايا جائز، فإذا ثبت جوازُه فقد اختلف قولُ الشافعي فيمن يجوز له أن يبتاعها، فقال فِي «الأم»[٢]: الغنيُّ والفقيرُ المحتاجُ سواء، وقال فِي كتاب «اختلاف الأحاديث»[٣] وفِي «الإملاء»: لا يجوزُ إلا للفقير المحتاج، وهو اختيار المزني.

واحتج علىٰ ذلك بما روي عن محمود بن لَبيد[٤]، أنه قال لزيد بن ثابت: فما عراياكم هذه؟ فسمىٰ رجالًا محتاجين من الأنصار شكوا إلىٰ رسول الله ﷺ أن الرطب تأتي، ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبًا يأكلونه مع الناس، وعندهم فضولٌ من قوتِهم من التمر، فرخَّص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي فِي أيديهم، يأكلونها رطبًا. وهذا يدل علىٰ أن الرخصة للمحتاجين.

وإذا قلنا يجوز للغني والفقير المحتاج، فوجهه ما روىٰ أبو هريرة رضي الله عنه: أن النبيَّ ﷺ أرخص فِي بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق، وفِي خمسة أوسق[٥]، ولم يفرق بين الغني والفقير.

وأيضًا ما روي عن سهل بن أبي حثْمةَ رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيع التمر بالتمر، إلا أنه أرخص فِي العرية أن يبتاع بخرصها ثم يأكلها أهلها

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٩).

(٢) الأم (٣/ ٥٤- وما بعدها).

(٣) اختلاف الحديث مع الأم (٨/ ٦٦٣).

(٤) الأم (٣/ ٥٤).

(٥) أخرجه البخاري (٢١٩٠، ٢٣٨٢) ومسلم (١٥٤١).

رطبًا[١]، فوجب أن تكون الإباحة عامة، إلا ما دل الدليل علىٰ تحريمه.

وأيضًا كلُّ بيع صح مع الفقير صح مع الغني، أصله: سائر البيوع، وعكسُه فِي البيوع الفاسدة، وأيضًا فإنهما سواءٌ فِي تحريم المزابنة، فوجب أن يكونا سواء فِي العرية المستثناة منها.

وأما حديثُ زيد بن ثابت، فلا حجة فيه؛ لأن الرخصة صادفت المحتاجين ولم تختصَّ بهم بدلالة الرخصة العامة التي رويناها، ولأنه قد يُحكم فِي الشريعة بسبب ثم يسقط اعتباره، ويُحكم مع وجود ذلك السبب ومع عدمه، كما قلنا فِي الاضطباع والرمَل أنه سُنَّ لإظهار الجَلَدِ والقوة للمشركين حين قالوا: إن حمىٰ يثرب قد نَهكتهم، وقد زال هذا المعنىٰ بقوة الإسلام وكثرة أهله، ولم يسقط الحكم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﵁: (وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ تَكُونَ الْعَرِيَّةُ أَقَلَّ مِنْ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، وَلَا أَفْسَخُهُ فِي الْخَمْسَةِ، وَأَفْسَخُهُ فِي أَكْثَرَ) قَالَ الْمُزَنِيُّ ﵀: (يَلْزَمُهُ فِي أَصْلِهِ أَنْ يُفْسَخَ الْبَيْعُ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ؛ لِأَنَّهُ شَكٌّ)[٢] إِلَى آخِرِهِ.

وهذا كما قال.. يجوز بيعُ العرية فيما دون خمسة أوسق قولًا واحدًا، ولا يجوزُ فيما زاد علىٰ خمسة أوسق قولًا واحدًا، وفِي خمسة أوسق قولان.

قال فِي «الأم»[٣]: وأحبُّ إليَّ أن تكون العريةُ أقلَّ من خمسة أوسق ولا أفسخه فِي خمسة أوسق.

---

(١) صحيح البخاري (٢١٩١).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٩).
(٣) الأم (٣/ ٥٦).

وقال فِي «كتاب الصرف»: ولا يشترىٰ من العرايا إلا أقلَّ من خمسة أوسق بشيء ما كان، فإذا كان أقلَّ من خمسة أوسق جاز البيع[١].

وبه قال فِي «مختصر البويطي»[٢]، وهو اختيار المزني.

فإذا قلنا يجوز فِي خمسة أوسق، فوجهُه ما روي عن سهل بن أبي حثْمَةَ: أن رسول الله ﷺ نَهىٰ عن بيع التمر بالتمر إلا أنه أرخص فِي بيع العرايا أن تباع بخرْصها تمرًا يأكلها أهلها رطبًا، فأطلق الرخصة ولم يفرِّق، فوجب أن يجوزَ البيع إلا فيما تيقَّنا النهي عنه، وهو ما زاد علىٰ خمسة أوسق.

وإذا قلنا لا يجوزُ فوجهه ما روىٰ أبو بكر بن المنذر فِي كتابه[٣] عن جابر ابن عبد الله رضي الله عنهما أن النبيَّ ﷺ أرخص فِي العرايا؛ الوَسَق والوَسَقين والثلاثة والأربعة، فدل علىٰ أن الرخصة فيما دون خمسة أوسُق[٤].

وأيضًا فإن أبا هريرة رضي الله عنه روىٰ أن النبيَّ ﷺ أرخص فِي بيع العرايا فيما دون خمسة أوسُق أو فِي خمسة أوسُق.. شك داودُ بنُ الحصين عن أبي هريرة[٥]، فيجب أن لا يُستثنىٰ من المزابنة إلا القدر الذي يُنفىٰ النهيُ عنه.

وأيضًا قال أبو إسحاق: خمسةُ أوسق جعله فِي حدِّ الكثير، وجعل حكمها حكم ما زاد عليها يدل عليه وجوب الزكاة فيها، فيجب أن تكون الرخصةُ مقصورةً علىٰ ما دونها.

---

(١) الأم (٣/ ٥٥).

(٢) نقله بحر المذهب (٣/ ١١٧).

(٣) الأوسط (٧٨٨١).

(٤) قال ابن المنذر: وفي هذا حجة لمن قال إن الرخصة إنما جاءت في دون خمسة أوسق، يدل علىٰ صحة هذا القول حديثه الآخر أنه كان لا يخرص العرايا.

(٥) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٨-١٧٩).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: (وَلَا يَبْتَاعُ الَّذِي يَشْتَرِي الْعَرِيَّةَ بِالتَّمْرِ إِلَّا بِأَنْ يَخْرُصَ الْعَرِيَّةَ كَمَا يَخْرُصُ الْعُشْرَ)[١] إِلَى آخِرِهِ.

وهذا كما قال.. إذا أراد الرجلُ أن يشتري العرية وجب أن ينظر المتبايعان إلىٰ الثمرة التي علىٰ النخلة، ويحزرانِها[٢]، ويقولان: فيها الآن وهي رطب كذا وكذا، وإذا يبستْ وجفتْ نقصتْ وصارت كذا وكذا، فيبيع بمثله من التمر كيلًا.

ومن شرط صحة البيع أن يتقابضا قبل التفرق؛ لأن ما فيه الربا لا يجوزُ التفرقُ فيه قبل التقابض، والقبضُ فِي التمر الموضوع علىٰ الأرض النقل، والقبضُ فِي الرطب هو التخلية، وليس من شرطه أن يحضر التمر موضع النخلة؛ لأنهما إذا تعاقدا البيع وخلَّىٰ البائع بين المشتري وبين الثمرة جاز أن يمضيا جميعًا إلىٰ الموضع الذي فيه التمر ويستوفيه؛ لأن التفرق إنما هو بالبدن، وذلك لا يحصل إذا انتقلا جميعًا عن موضع البيع إلىٰ موضع آخر، وجملتُهُ أن الشافعي اعتبر فِي صحة (عقد البيع)[٣] هاهنا شرطين؛ **أحدهما**: المماثلة من طريق الخرص، **والثاني**: التقابض قبل التفرق بالبدن.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: (وَيَبِيعُ صَاحِبُ الْحَائِطِ لِكُلِّ مَنْ أَرْخَصَ لَهُ، وَإِنْ أَتَى عَلَى جَمِيعِ حَائِطِهِ)[٤].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٩).

(٢) الحزر بتقديم الزاي علىٰ الراء، وهو معرفة المقدار وتحديده.

(٣) في (ق): «العقد».

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٩).

وهذا كما قال.. يجوز أن يبيع ما دون خمسة أوسق، ثم يبيع صفقة أخرىٰ فيما دون خمسة أوسق منه أو من غيره، ويجوز أن يبيعَ جميعَ حائطه بعقود متفرقة، ولا يزيد فِي كلِّ صفقة علىٰ ما بيناه من المقدار، وإنما كان كذلك لأن الرخصة عامة فِي جميع العقود؛ لأن كلَّ صفقةٍ صحت مرة صحت مرارًا، وكل صفقة صحَّت مع واحد صحَّت مع مثله قياسًا علىٰ سائر البيوع.

قال أبو إسحاق: فإن قيل: إذا أجزتم ذلك فقد أبطلتم المزابنة وجعلتم للناس أن يبيعوا جميع ثمارهم علىٰ رءوس النخل بالتمر.

والجوابُ: أن المزابنة حكمها ثابتٌ فِي العقد الواحد.

فرع

إذا باع ثمانية أوسُق من رجلين صفقةً واحدةً؛ جاز لأنه بمنزلة الصفقتين، وإذا كانت ستة عشر وسقًا بين رجلين فباعاها من رجلين جاز؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما باع حقه، وهو ثمانية أوسُق من رجلين، فيصير كأنه باع من كلِّ واحدٍ منهما أربعة أوسُق، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْعَرَايَا مِنْ الْعِنَبِ كَهِيَ مِنْ التَّمْرِ، لَا يَخْتَلِفَانِ)[١].

وهذا كما قال.. يجوز أن يبيع العنبَ علىٰ أصوله خرصًا بالزبيب كيلًا، والدليلُ علىٰ ذلك أن النبيَّ ﷺ سوَّىٰ بين الرطب والعنب فِي إيجاب العشر، وسَنَّ الخرص فيهما. قال الشافعي[٢]: لأن العناقيد ظاهرة بادية كالأعذاق، فيمكن خرصها، والإحاطة بها.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٩).

(٢) الأم (٣/ ٥٥).

وأما غيرهما من الثمار التي تُجفف مثل الخوخ والإجَّاص والكمثرىٰ فهل يجوزُ بيع العرايا، فيها قولان:

أحدهما: يجوز كما يجوز فِي الرطب والعنب؛ لأن النفس تدعو إلىٰ أكلها فِي حال رطوبتها.

والثاني: لا يجوز؛ لأن العشر لا يجب فيها، ولم يُسَن الخرص فيها، ولأنها مستترة فِي أوراقها غير ظاهرة، والله الموفق للصواب.



فباب بيع الطعام قبل أن يُستوفى

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، عَنْ نَافِعٍ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ، أن النبيَّ ﷺ قَالَ: «مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»)[1] إِلَى آخِرِهِ.

وهذا كما قال.. إذا ابتاع شيئًا وأراد بيعَه قبل قبضه، فلا يخلو البيعُ من أحد أمرين؛ إما أن يكون طعامًا أو غيره.

فإن كان طعامًا لم يجز بيعه حتىٰ يقبضه، وهو إجماع بين المسلمين، والأصلُ فيه ما روىٰ الشافعيُّ، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبيَّ ﷺ قال: «**من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه**»[2] وهذا نصٌّ فيه.

وأما غيرُ الطعام من سائر الأموال فلا يجوز، وأيضًا عند الشافعي فلا فرق بين الطعام وبين غيره، وبه قال عبدُ الله بن عباس، وروىٰ الشافعيُّ بإسناده عنه أنه قال: أما الذي نهىٰ عنه رسولُ الله ﷺ أن يُباع حتىٰ يُقبض الطعام.. قال[3] ابن عباس برأيه: لا أحسبُ كلَّ شيء إلا مثله[4].

وهذا مذهبُ محمد بن الحسن.

وقال مالك: يجوزُ فيما عدا الطعام، والنهيُ مختصٌّ بالطعام.

وقال أحمد بن حنبل: إن كان مكيلًا أو موزونًا لم يجز بيعُه قبل القبض، ويجوز فِي غيرهما.. وبه قال الحسن البصري، وسعيد بن المسيب[5].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٩).

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٨/ ٦٦٤) والبخاري (٢١٢٦) ومسلم (١٥٢٥).

(٣) في (ف، ق): «ذاك»!

(٤) الأم (٣/ ٧٠) واختلاف الحديث مع الأم (٨/ ٦٦٤).

(٥) الإشراف (٦/ ٥٠) ومختصر اختلاف العلماء (٣/ ٢٩- ٣٠).

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن كان مما يُنقل ويُحول، لم يجز بيعُه قبل القبض، وإن كان مما لا يُنقل من العقار، جاز بيعُه قبل القبض.

فأما مالك، فاحتج من نصر قوله بقول النبي ﷺ: «**من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يستوفيه**»[١]، فدل علىٰ أن ما عداه بخلافه.

ومن القياس: أنه تصرُّف فِي مبيع ليس بمطعوم، فوجب أن لا يشترط فيه القبض، أصله: العتق.

وأيضًا يجوز بيعُ المنافع قبل القبض فكذلك الأعيان، وأيضًا فإنكم قلتم يجوز التصرف فِي الثمن قبل القبض فكذلك المثمن، وكذلك من ملك مالًا بالميراث والوصية جاز له التصرف فيه قبل قبضه، فكذلك هاهنا.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال لعتَّاب بن أَسِيد رضي الله عنه حين وجَّهه إلىٰ مكة: «**انههم عن بيع ما لم يقبضوا، وربح ما لم يضمنوا**»[٢]، ولم يفرق بين الطعام وبين غيره، فهو علىٰ عمومه.

وأيضًا روىٰ زيدُ بنُ ثابت رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ نهىٰ أن تُباع السِّلع حيث تبتاع حتىٰ يحوزها التجار إلىٰ رِحالهم[٣]، وهذا نص.

وروىٰ أبو بكر النيسابوري فِي «الزيادات»[٤] عن حَكيم بن حِزام رضي الله عنه أنه قال: يا رسول الله، إني أبتاع بيوعًا، فما يحلُّ لي منها وما يحرم عليَّ؟ قال: «**إذا ابتعتَ بيعًا فلا تَبِعْهُ حتى تستوفيَهُ**» ولم يفرِّق بين الطعام وبين غيره، فهو علىٰ عمومه.

---

(١) سبق تخريجه في الصفحة السابقة.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢١٨٩).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٤٩٩).

(٤) الزيادات علىٰ كتاب المزني (٢٥٥).

ومن القياس: أنه باع ما ابتاعه قبل قبضه، فوجب أن لا يجوز، أصله: الطعام؛ ولأنه سببٌ إذا ملك به الطعام لم يجز بيعُه قبل قبضه، فكذلك إذا ملك به غير الطعام، أصله: السلم، وأيضًا، فإنه مبيعٌ لم يحصل فيه القبضُ الذي ينتقل به الضمان، فوجب أن لا يجوزُ [للمشتري بيعُه][1]، أصله: الطعام.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من الخبر، فهو أن مِن أصحابِنا مَن قال إن الطعام اسمٌ، وتعليق الحُكم علىٰ الاسم لا يدلُّ علىٰ أن ما عداه بخلافه.

وهذا الجواب غيرُ صحيح؛ لأن الاسمَ المشتقَّ يجري مجرىٰ الصفة، كالفاسق، والحامل، وإنما الذي قال أصحابُنا فِي الاسم هو اسمُ اللقب، والذي ليس بمشتق، مثل التراب، والبر، والشعير، وما أشبه ذلك.

والجوابُ الصحيح عندي عنه من وجهين:

أحدهما: أن التنبيهَ مقدمٌ علىٰ دليل الخطاب، والتنبيهُ هاهنا يقتضي أن يكون ما عدا الطعام أولىٰ أن لا يجوزُ بيعُه قبل القبض؛ لأن النبيَّ ﷺ إذا نهىٰ عن بيع الطعام قبل القبض مع حاجة الناس إليه، فلأن لا يجوزَ غيرُه أولىٰ وأحرىٰ.

الثاني: أن النطقَ الخاصَّ مقدمٌ علىٰ دليل الخطاب، وما رواه زيدُ بنُ ثابت عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن بيع السلع حتىٰ يحوزها التجار إلىٰ رحالهم؛ نطقٌ خاصٌّ فيما عدا الطعام، فوجب إسقاطُ دليل الخطاب لأجله.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على العتق، فهو أنه حُكي عن أبي علي بن خيران أنه قال: لا ينفذ فيه العتقُ قبل القبض.

وحُكي عن أبي العباس بن سُريج أنه بنىٰ علىٰ عتق الراهن؛ لأنه

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

محبوسٌ فِي يد البائع للاستيطان، فإن كان قد وفاه الثمن نفذ العتق.

فإذا قلنا: لا ينفذُ العتقُ سقط القياس، وإذا قلنا ينفذُ فيه العتق - فهو المشهور - فالجوابُ عنه أن العتق آكدُ من البيع؛ لأن العتق ينفذ فِي ملك الغير، وهو إذا أعتق شركًا له فِي عبد، والبيعُ لا ينفذ فِي ملك الغير، ولأن العتق بمنزلة الإتلاف، والإتلافُ قبضٌ فِي البيع؛ لأن المشتري إذا أتلف العبد المبيع استقر به البيع، وكان نقصًا، كذلك هاهنا.

وأما الجوابُ عن الثمن، فهو أن فيه قولين؛ أحدهما: لا يجوزُ بيعُه قبل القبض، فسقط الاستدلال، والقول الثاني: يجوز وهو المشهور.

فعلىٰ هذا نقول الثمن إذا كان فِي الذمة، فهو مستقر، لا يجوزُ عليه التغيرُ والهلاكُ، وليس كذلك الثمن.

وجوابٌ آخر، أن الثمن لا يجوزُ اعتباره بالمثمن، كما قال فِي ثمن الطعام.

وأما الجوابُ عن الميراث والوصية، فهو أنَّا نقلبُ عليهم، فنقول: وجب أن يكون الطعام وغيره سواء، كالميراث، والمال الموصىٰ به[1]، ولأن الميراث يملكه الوارث ملكًا مستقرًّا، وليس كذلك البيع، فإنه إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع، وتلف من ملك البائع، وإذا تلف ما ورثه قبل القبض كان تلفه من ضمان الوارث، فدل علىٰ الفرق بينهما، والله الموفق للصواب.

وأما أبو حنيفة، فاحتج من نصر قوله بقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾، ولم يفرِّق.

ومن القياس: أنه عوض لا يخشىٰ انفساخ العقد فيه بِهلاكه، فجاز لمالكه بيعُه، أصله: بعد القبض والثمن، وأيضًا فإن البيعَ استجلابُ ملكٍ ببدل،

---

(١) في (ف، ق): «له».

فجاز فِي العقار قبل القبض، أصله: الأخذ بالشفعة.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال لعتَّاب بن أَسِيد: «**انْهَهُم عن بيع ما لم يقبِضُوا، ورِبْح ما لم يضمنُوا**»[١] فعم، ولم يخص.

فإن قيل: هذا لا يتناول العقار؛ لأنه لا يتأتىٰ قبضُه؛ لأن القبض هو الأخذ بالبراجم.

والجوابُ: أن العرب تستعملُ التسليم والتسلم والقبض والإقباض فِي الأرض، فدل علىٰ أن التخلية قبضٌ فيها عندهم، فلا يصِحُّ ما قاله المخالف، علىٰ أن لفظ صاحب الشريعة ﷺ يجب حملُه علىٰ القبض الشرعي، وهو التخلية فِي العقار بالإجماع، وعند المخالف هو التخلية فِي العقار وغيره.

ومن طريق القياس: أنها عينٌ ملكها ببدل، فلا يجوزُ له بيعُها قبل القبض، أصله: ما ينقل ويحول، ولا يدخل علىٰ هذا الصداق، ومال الخلع، فإن ذلك كله لا يجوزُ بيعه قبل القبض.

وأيضًا فإنه أحد حكمي القبض، فوجب أن يستوي فيه العقار وغيره، أصله: انتقال الضمان، وعبر عنه بأنه حكم يتعلق بالقبض فِي غير العقار، فوجب أن يتعلق به فِي العقار، أصله: انتقال الضمان.

ويدل علىٰ صحة هذا أن تمام الهبة والرهن لما وقف علىٰ القبض استوىٰ فيه العقار [وغيره.

وأيضًا][٢] فإنه قبضٌ صحيحٌ ينتقل به الضمان من البائع إلىٰ المشتري، فوجب أن يتعلق به جواز التصرف، أصله: القبض فيما ينقل.

فإن قيل: إذا باع منه طعامًا مكايلة فقبضها المشتري من غير كيل، انتقل

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢١٨٩).

(٢) ليس في (ق).

الضمان، ولم يتعلق به جواز التصرف.

فالجوابُ أن فيه وجهين؛ أحدهما: يجوز له التصرفُ فيه بالبيع، فعلىٰ هذا سقط النقض، والوجه الثاني: لا يجوزُ له بيعه، وقد نصَّ عليه أبو إسحاق المروزي، وذكره الشافعي فِي «كتاب الصرف[(١)]».

فعلىٰ هذا نقول: إذا قبضه من غير كيل فإن القبض غيرُ صحيح، فلم يدخل علىٰ ما ذكرناه، وأيضًا فإنه باع ما ابتاعه قبل قبضه فلم يصح، أصله: إذا باع ما ينقل ويحول.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من قول الله تعالى ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، فهو أن الخبر الذي رويناه أخص منه، فوجب أن يقضىٰ بالخاصِّ علىٰ العام.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم، فهو أنه منتقضٌ بزُبَرِ الحديد إذا اشتراها، فإنه لا يخشىٰ انفساخ العقد فيها بِهلاكها، ومع ذلك لا يجوزُ بيعها حتىٰ يقبضها، وينتقض به إذا اشترىٰ طعامًا مكايلة ثم قبضه جِزافًا، فإنه لا ينفسخ العقد بِهلاكه، ولا يجوزُ له بيعه عند المخالف، وينتقض بالمسلم فيه.

وجوابٌ آخر، وهو أن هذا المعنىٰ لا يؤثر؛ لأن عنده أن من اشترىٰ غرفة علىٰ بيت جاز له بيعُها قبل القبض، ومع ذلك فإنها إذا احترقت قبل القبض انفسخ البيع.

وجوابٌ آخر، وهو أن العقار وإن كان لا يُخشىٰ هلاكُه فإنه يخشىٰ تغيُّره ونقصانُه فِي يد البائع، فمنع من التصرف فيه لهذا المعنىٰ.

وجوابٌ آخر، وهو أن المعنىٰ فِي الأصل أنه وُجد القبض المستحق بالعقد وانتقل به الضمان، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإن القبضَ المستحقَّ بالعقد لم يوجد ولم ينتقل الضمان إلىٰ المشتري.

---

(١) في (ف، ق): «الفرق» وهو تحريف.

وأما الثمنُ ففيه قولان؛ أحدهما: لا يجوزُ بيعُه قبل القبض، فعلىٰ هذا سقط القياس عليه، والثاني: يجوز.

فعلىٰ هذا الفرقُ بينهما أنه يؤمن تغيُّره وهلاكُه، ولأنه لا يجوزُ اعتبار الثمن بالمثمن، كما لا يجوزُ فيما ينقل ويحول.

وأما الجوابُ عن الشفعة، فهو أنَّا لا نسلِّم ما قالوه؛ لأن عندنا يُجبر البائع علىٰ التسليم إلىٰ المشتري، ثم يُجبر المشتري علىٰ التسليم إلىٰ الشفيع، وتكون عهدة الشفيع علىٰ المشتري دون البائع، فسقط الاحتجاج به، وقد قيل إن الأخذ بالشفعة آكدُ من البيع؛ لأن الأخذ بالشفعة من غير رضا المالك يجوز، والبيع لا يجوزُ إلا بتراضيهما، فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

هذا إذا باع المبيع قبل القبض، فأما إذا قبضه ثم باعه صح البيع، والأصل فيه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال لعتَّاب بن أَسِيد: «**انههم عن بيع ما لم يقبضوا، وربح ما لم يضمنوا**»[1] فدل علىٰ أن بيع ما قبضوه وضمنوه جائز.

وأيضًا فإن المشتري إذا قبض المبيع فقد استقر ملكُه عليه وكمل، وإذا تلف كان من ضمانه فجاز له التصرفُ فيه، قياسًا علىٰ سائر أملاكه.

وإذا ثبت هذا، فإن القبض مطلقٌ فِي الشريعة، وليس فيه ما يدل علىٰ كيفيته وبيانه، فوجب الرجوعُ فيه إلىٰ العرف والعادة، كما نقول فِي الحِرز، والتفرق، والإحياء.

فإذا ثبت هذا، فإن المبيع يُنظر فيه، فإن كان ممَّا لا يُنقل ولا يُحول

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢١٨٩).

فالقبض فيه التخلية، وإن كان ممَّا ينقل ويحول فإن كان مثل الدراهم والدنانير والجوهر وما يتناول باليد، فإن القبض فيه التناول، وإن كان مثل الحيوان كالعبد والبهيمة، فإن القبض فِي البهيمة أن يجرها ويمشي بِها إلىٰ مكان آخر، وفِي العبد أن يقيمه فِي مكان آخر، وإن كان طعامًا اشتراه جِزافًا كان القبضُ فيه أن ينقله من مكانه، وإن اشتراه مكايلة فإن القبض فيه أن يكيله، هذا مذهبنا.

وقال أبو حنيفة: القبضُ هو التخلية فِي جميع الأشياء، واحتج بأنها تخليةٌ من غير مانع، فوجب أن يكون قبضًا فِي العقد، أصله: التخلية فيما لا ينقل، وأيضًا فإن تناوله ونقله تصرفٌ من جهة المشتري، فوجب أن لا يقف القبضُ عليه، أصله: بيع المشتري وإجازته إياه.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روىٰ زيدُ بنُ ثابتٍ[1]: أن النبيَّ ﷺ نهىٰ أن تباع السلع حيث تبتاع حتىٰ يحوزها التجار إلىٰ رحالهم.. وهذا يدل علىٰ أن[2] النقل لا بد منه[3].

فإن قيل: نقلُه إلىٰ الرحل ليس بشرط، **فالجوابُ**: أن النقل شرطٌ لظاهر الخبر، والغاية التي ذكرها قد أجمع المسلمون علىٰ أنها ليست بشرط، فسقط بالإجماع، وأيضًا روىٰ الشافعي فِي «كتاب الصرف» عن عبد الله بن عمر: أنهم كانوا يبتاعون الطعام جِزافًا، فبعث النبيُّ ﷺ [من يأمرهم][4] بانتقاله من الموضع الذي ابتاعوه فيه إلىٰ موضع غيره[5]، وهذا نص.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٤٩٩).

(٢) زيادة من عندنا.

(٣) مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٣٠- ٣١).

(٤) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٥) الأم (٣/ ٧٠).

ومن **القياس**: أنه عوضٌ لم ينقله المالك، وهو مما ينقل غير متصل بما لا ينقل، فوجب أن لا يجوز بيعه، أصله: قبل التخلية.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على التخلية فِي العقار، فهو أن المعنىٰ فيه أن القبض الحقيقي هو النقل والحيازة لا يتأتىٰ فيه، فأقيمت التخلية مقامه، وليس كذلك ما يُنقل ويُحول، فإن حقيقة القبض ممكنةٌ فيه، وهو النقل والحيازة، فلم تقم التخلية مقامه.

وإن شئت قلت: العرف فيما لا ينقل التخلية، وليس كذلك ما ينقل، فإن النقل هو القبض، فافترقا لاختلاف العرف فيهما.

هذا كله فِي كيفية القبض، فأما القبضُ الصحيحُ فضربان؛ أحدهما: أن يسلم المبيع باختياره، فيصح القبض، والثاني: أن يكون الثمن مؤجلًا أو حالًّا، إلا أن المشتري أوفاه.

فإذا قبضه المشتري بغير اختيار البائع صح القبض، فأما إذا كان الثمن حالًّا ولم يوفه الثمن، ثم قبض المبيع بغير اختيار البائع لم يصح القبض، وكان للبائع مطالبته برد المبيع إلىٰ يده؛ لأن له حق الحبس والترفق به إلىٰ أن يستوفِي الثمن.

هذا فِي بيع المبيع قبل القبض وبعده، فأما إجارته قبل قبضه فلا يصِحُّ أيضًا، قال الشافعيُّ: لأن الإجارة ضربٌ من البيوع، وإذا رهن المبيع قبل قبضه، قال فِي «شرح التلخيص»: نصَّ عليه الشافعي، والفرقُ بينه وبين البيع أن الرهن لا يضمن قبل الضمان؛ لأن الرهن غير مضمون علىٰ المرتهن، فصح فيما لم يضمنه، وليس كذلك البيع، فإنه يتضمن الضمان، فلم يصح فيما لم يضمنه، قال أصحابنا: وتزويج الأمة قبل قبضها، ولا يكون وطء الزوج قبضًا، كما لا يكون وطء المشتري قبضًا، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

ولا يجوزُ للمرأة أن تبيع الصداق قبل قبضه، ولا يجوزُ للرجل أن يبيع مال الخلع قبل قبضه، وقال أبو حنيفة: يجوز، واحتجَّ بأنه عوضٌ لا يخشىٰ انفساخ العقد فيه بهلاكه فجاز بيعه، قياسًا علىٰ ما بعد القبض.

وهذا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة قولنا أنها عينٌ ملكها ببدلٍ، فلا يجوزُ بيعها قبل القبض، أصله: المبيع؛ ولأنه قبضٌ مستحق بالعقد ينتقل به الضمان، فوجب أن يتعلق جواز البيع به، أصله: القبض فِي المبيع.

وإن شئت قلت: قبضٌ صحيحٌ ينتقل به الضمان، وفيه احترازٌ من الطعام إذا اشتراه مكايلة وقبضه جِزافًا، فإنه قبضٌ غيرُ صحيح، وليس بالقبض المستحق بالعقد؛ لأن القبض فيه يجب أن يكون بالكيل، فلهذا لم يجز بيعه مع انتقال الضمان إليه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم، فهو أنَّا لا نسلِّم أنه لا يخشىٰ انفساخ العقد فيه بهلاكه؛ لأن عقد الصداق ينفصل عن عقد البيع عندنا، وإنما الصداق يجب بفرضه وتسميته وذلك ينفسخ بتلفه قبل قبضه ويرده بالعيب، وعلىٰ أن الجواب عن هذا القياس قد ذكرناه فِي بيع العقار قبل قبضه فأغنىٰ عن الإعادة.

فرع

وأما التمر إذا كان معينًا، فلا يجوزُ بيعه قبل قبضه، وإن كان فِي الذمة فهل يجوز بيعه؟ فيه قولان؛ أحدهما: لا يجوزُ لعموم الخبر، والثاني: يجوز، لما روىٰ سعيد بن جبير، عن ابن عمر أنه قال: كنتُ أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه،

وأعطي هذه من هذه، فقال رسول الله ﷺ: «**لا بأسَ أن تأخُذَهَا ما لم تتفرَّقا وبينكما شيءٌ**»[١] وهذا نصٌّ، والله الموفق للصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَمَنْ ابْتَاعَهُ جِزَافًا فَقَبْضُهُ أَنْ يَنْقُلَهُ مِنْ مَوْضِعِهِ)[٢].

وهذا كما قال.. قد ذكرتُ فيما مضىٰ[٣] أن الطعام لا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يبيعه جِزافًا، وإما أن يبيعه كيلًا، فإن باعه جِزافًا فقبضُه أن ينقله من موضعه، والأصلُ فيه ما روىٰ نافعٌ عن ابن عمر أنه قال: كنا نشتري الطعام من الركبان جِزافًا، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتىٰ ننقله من مكانه[٤].

وروىٰ الشافعي[٥] فِي «كتاب الصرف» عن ابن عمر: أنهم كانوا يبتاعون الطعام جِزافًا، فيبعث رسول الله ﷺ من يأمرهم بانتقاله من الموضع الذي ابتاعوه منه إلىٰ موضع غيره، وهذا كلُّه نص، وأيضًا قال أبو إسحاق فِي «الشرح»: إذا ابتاع جِزافًا فإنه لا يعتبر فيه الكيل؛ لأنه لم يشترطه، وإذا لم يعتبر فيه الكيل كان بمنزلة سائر السلع؛ لأنه مما ينقل، والكيلُ غير معتبر فيه، ولا الوزن.

وأما إذا اشتراه كيلًا، مثل أن يشتري صُبْرة، كل قفيز بكذا، أو عشرة أقفزة من هذه الصُّبْرة ، فإن القبضَ فِي ذلك بالكيل.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٤) والترمذي (١٢٤٢) وابن ماجه (٢٢٦٢).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٩).

(٣) تقدم البحث في ذلك (ص ١١٥).

(٤) أخرجه مسلم (١٥٢٧).

(٥) الأم (٣/ ٧٠).

والأصل فيه: ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال لعثمان: «**يا عثمانُ، إذا ابتعتَ فاكتلْ، وإذا بعتَ فكِلْ**»[(١)]، وروىٰ أبو الزبير، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنه قال: نهىٰ رسولُ الله ﷺ عن بيع الطعام حتىٰ يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع، وصاع المشتري[(٢)]، وروىٰ ابنُ عباس رضي الله عنهما أن النبيَّ ﷺ قال: «**من ابتاع طعامًا فلا يبعه حتى يكتاله**»[(٣)]، وروىٰ أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنِ اشترَى طعامًا فلا يَبِعْهُ حتى يكتالَهُ**»[(٤)].

وهذا كله إذا كان اشتراه كيلًا، فأما إذا اشتراه جِزافًا فلا يحتاج إلىٰ الكيل بالإجماع، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: (وَمَنْ وَرِثَ طَعَامًا، كَانَ لَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى غَيْرِهِ)[(٥)].

وهذا كما قال.. إذا ورث طعامًا، أو وصىٰ لزيد ومات الموصي قبل الوصية، أو عليه ملكه، فإنه يجوز له بيعه قبل قبضه؛ لأنه غير مضمون بعقد معاوضة، فأشبه المبيعَ بعد القبض، وهو بمنزلة بيعه بعد القبض، ويخالف المبيع؛ لأنه مضمونٌ علىٰ العاقد بعقد المعاوضة، والله أعلم.

---

(١) أخرجه أحمد (٤٤٤) وابن ماجه (٢٢٣٠) والدارقطني (٢٨١٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨) والدارقطني (٢٨١٩).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٢٥).

(٤) أخرجه مسلم (١٥٢٨).

(٥) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٩).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَلَوْ أَسْلَمَ فِي طَعَامٍ وَبَاعَ طَعَامًا آخَرَ، وَأَحْضَرَ الْمُشْتَرِي مَنْ اكْتَالَهُ مِنْ بَائِعِهِ، وَقَالَ: أَكْتَالُهُ لَكَ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ أَنْ يُقْبَضَ)[١].

وهذا كما قال.. اختلف أصحابُنا فِي صورة هذه المسألة، فمنهُم مَن قال: صورتُها: أن يسلم الرجل فِي طعام، ثم يبيعه قبل قبضه من آخر، فلا يصِحُّ بيعه، والدليلُ علىٰ أن صورة المسألة هذا أن الشافعي قال فِي تعليله: لأنه بيعُ الطعام قبل أن يقبض.

والدليلُ علىٰ أنه لا يجوز ما روىٰ أبو سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مَنْ أسلَفَ فِي شيءٍ فلا يصرفْه إلى غيرِه**»[٢] ولأن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن بيع ما لم يقبضْ، وربح ما لم يضمنْ[٣]، وما روي أنه قال لحَكيم بن حِزام: «**إذا ابتعت بيعًا، فلا تبعه حتى تستوفيه**»[٤].

وأيضًا فإن المسلَم فيه قبل القبض لم يوجد فيه التسليمُ المستحقُّ بعقد المعاوضة، أو هو مضمونٌ علىٰ العاقد بعقد المعاوضة، فلم يجز بيعه، قياسًا علىٰ سائر المبايعات.

ومنهُم مَن قال: صورة هذه المسألة: أن يسلم رجلٌ إلىٰ رجل فِي قفيز طعام، ويسلم إلىٰ هذا المسلم رجل آخر فِي قفيز، فلما حلَّ الطعام عليه قال لمن أسلم إليه «احضر معي عند من أسلمتَ إليه، فإن لي قفيزًا من طعام

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٧٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٦٨).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢١٨٩).

(٤) الزيادات علىٰ كتاب المزني (٢٥٥).

حالٍّ عليه، حتىٰ أكتاله لك» فإن ذلك لا يجوز.

قال هذا القائل: والذي يدل علىٰ صحة هذا أن الشافعي قال: (ولو أسلم فِي طعام، وباع طعامًا آخر)، وهذا يقتضي أن يكون الذي باعه غير الذي أسلم فيه؛ لأنه لو أراد ذلك الطعام، لوجب أن يعرِّفه فيقول: ولو أسلم فِي طعام وباع الطعام الآخر، فلما قال: (وباع طعامًا) دلَّ علىٰ أنه باع غيره، ويدل عليه أيضًا أنه قال: فأحضر المشتري اكتياله من بائعه، ولو كان باع ذلك الطعام لم يكن لاكتياله من بائعه معنىٰ.

وأما قولُه فِي تعليله: (لأنه بيع الطعام قبل أن يقبض)، فإنه ليس علىٰ ظاهره، وإنما أراد به عندي أنه مثل بيع الطعام، فحذف المضاف؛ لأنه يقبض الطعام قبل أن يقبضه، فعبر عن التقبيض، وإليه ذهب أكثر أصحابنا.

والدليلُ عليه: ما روىٰ أبو الزبير، عن جابر أنه قال: نَهىٰ رسولُ الله ﷺ عن بيع الطعام حتىٰ يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع، وصاع المشتري[1] فإذا كال المشتري قبل أن يكيل البائع عليه، وجب أن لا يصح.

وأيضًا فإنهما عقدان استحق كلُّ واحدٍ منهما كيلًا، فلا يجوزُ إسقاط أحدهما بالآخر، وأيضًا فإن المسلم قد قبض الطعام وضمنه قبل أن يقبضه ويضمنه، وهذا لا يجوز، كما لا يجوزُ أن يبيعه قبل أن يقبضه لهذا المعنىٰ.

فإذا ثبت هذا، ففيه خمس مسائل:

أحدها: أن يقول لمن أسلم إليه «اذهب إلىٰ من أسلمتُ إليه، واكتل منه الطعام لنفسك» فذهب واكتاله، لم يصح قبضه.

والثانية: أن يقول «احضر اكتيالي منه حتىٰ أكتاله لك» فحضر معه واكتاله لم يجز؛ لأنه لا يستحق القبض منه، ولأنه أسقط أحد الكيلين، وأقبض قبل

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨) والدارقطني (٢٨١٩).

أن يقبض، فعلىٰ هذا قبضه لنفسه لا يصح.

وهل يصح قبضه لبائعه؟ فيه وجهان بناء علىٰ القولين إذا باع ما فِي ذمة المكاتب كان المبيع فاسدًا، وإذا قبضه من المكاتب فهل يبرأ منه ويعتق؟ فيه قولان للشافعي؛ أحدهما: يصح قبضه ويبرأ المكاتب؛ لأنه قبضه بإذنه، فهو بمنزلة قبض وكيله، والثاني: لا يصح؛ لأنه لم يأذن له فِي قبضه له، وإنما أذن فِي قبضه لنفسه، فلم يصح قبضه عنه، ويخالف قبض الوكيل؛ لأنه يقبضه لموكله بإذنه.

إذا ثبت هذا، كان فيه وجهان بناء علىٰ هذين القولين، فإذا ثبت هذا فإذا قلنا قبضُه للآمِر صحيح، فإنه يكتاله منه حتىٰ يصح قبضه لنفسه، وإذا قلنا لا يصِحُّ قبضه للآمر فإنه طعام فِي يده له قبضُه منه، فيحتاج أن يكتاله الآمر لنفسه من يكيله عليه.

والثالثة: أن يقول له «احضر معي حتىٰ أكتاله لنفسي، ثم تأخذه أنت من غير كيل» وهذا أيضًا لا يجوز؛ لأنه قبض بالكيل قبضًا صحيحًا، ثم أقبضه جِزافًا، وهذا لا يجوز، فكان قبضُ المشتري منه قبضًا فاسدًا حتىٰ يكيله عليه كيلًا مستأنفًا.

والرابعة: أن يكتاله لنفسه ويتركه ولا يفرغه، ويكون ما عليه مكيلًا واحدًا فكاله عليه، ففيه وجهان؛ أحدهما: يجوز؛ لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه، ولأنه إذا أفرغه ثم أعاد كيله جاز، فإذا لم يفرغه وترك المكيال وجب أن يجوز[1]، والوجه الثاني: لا يجوزُ حتىٰ يحصل كيلٌ ثان؛ لأن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن بيع الطعام حتىٰ يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع، وصاع المشتري[2]،

---

(١) في (ف، ق): «لا يجوز» وهو غلط.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨) والدارقطني (٢٨١٩).

وهذا يقتضي أن يحصل فيه كيلٌ بعد كيل، وهذا كيلٌ واحد، فوجب أن لا يجوز.

والخامسة: أن يكتاله المشتري منه ويفرغه، ثم يكيله كيلًا مستأنفًا علىٰ الذي باع منه، وإذا فعل هذا كان القبضان جميعًا صحيحين.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَلَا يَقْبِضُ الَّذِي لَهُ الطَّعَامُ مِنْ طَعَامٍ يَشْتَرِيهِ لِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ وَكِيلًا لِنَفْسِهِ مُسْتَوْفِيًا لَهَا قَابِضًا مِنْهَا)[1].

وهذا كما قال.. إذا حل عليه الطعام بعقد السَّلم، فدفع إلىٰ المسلم دراهم نظر فيه[2]، فإن قال «خذها بدل الطعام» لم يجز؛ لأن بيع المسلم فيه لا يجوزُ قبل القبض سواء باعه من المسلم إليه أو من الأجنبي.

وإن قال «اشتر بها الطعام لنفسك» لم يصح ذلك؛ لأن الدراهم باقية علىٰ ملك المسلم، فلا يصِحُّ أن يشتري بها طعامًا لنفسه، فإن اشترىٰ الطعام رجل بعينها لم يصح البيع، وإن اشتراه فِي الذمة ملك الطعام، وضمن الدراهم التي عليه؛ لأنها مضمونة عليه، فيكون المسلم إليه فِي ذمته دراهم، وله عليه الطعام الذي كان له فِي ذمته.

وإن قال «اشتر بها الطعام لي، ثم اقبضه لنفسك»، صح الشراء؛ لأنه وكيلٌ فِي شراء الطعام، وإذا قبضه منه لنفسه، فهل يصح أم لا؟ كما ذكرتُ فِي المسألة التي قبلها.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

(٢) يعني من حل عليه طعام من سلم، فدفع إلىٰ من له عليه الطعام دراهم ليشتري بها طعامًا، فإنه ينظر في ذلك.

وإن قال «اشترِ لي بها طعامًا واقبضه لي، ثم اقبضه لنفسك من نفسك»، لم يجز قبضُه لنفسه من نفسه؛ لأنه لا يجوزُ أن يكون وكيلًا لغيره فِي قبض حق نفسه من نفسه، والله الموفق للصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَلَوْ حَلَّ عَلَيْهِ طَعَامٌ فَأَحَالَ بِهِ عَلَى رَجُلٍ لَهُ عَلَيْهِ طَعَامٌ أَسْلَفَهُ إِيَّاهُ، لَمْ يَجُزْ، مِنْ قِبَلِ أَنَّ أَصْلَ مَا كَانَ لَهُ بَيْعٌ، وَإِحَالَتُهُ بِهِ بَيْعٌ مِنْهُ بِالطَّعَامِ الَّذِي عَلَيهِ بِطَعَامٍ عَلَى غَيْرِهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا كان لرجل علىٰ رجل قفيزُ طعام من جهة السَّلم، والذي عليه الطعام من جهة السَّلم له علىٰ رجل آخر طعام من جهة القرض - وهذا معنىٰ قول الشافعي: (أسلفه إياه) يريد: أقرضه إياه - فجاء المسلِم يطالب المسلَم إليه بالطعام، فأحاله علىٰ من له عليه من جهة القرض لم يجز؛ لأن المسلِم باع طعام السَّلم بطعام القرض وهذا لا يجوز؛ لأنه لا يجوزُ أن يبيع طعام السَّلم قبل القبض.

فإن قيل: هذه حوالة وليست ببيع.. **قيل له**: بل الحوالة بيع؛ لأنه يأخذ بدل حقه، فكان بيعًا فِي الحقيقة.

وإن كان الطعام الذي [لمن له الحق][٢] قرضًا، والطعام الذي لمن عليه الحق علىٰ غيره سلمًا لم يجز؛ لأن من له الحق اشترىٰ طعام السلم بطعام القرض، ولا يجوزُ أن يشتري طعام السلم قبل أن يقبضه المسلم، والعلة المانعة من صحة البيع فِي طعام السلم دون طعام القرض، وإذا كان

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

(٢) زيادة ضرورية، يدل عليها السياق.

الطعامان من القرض صحت الحوالة.

والفرقُ بين طعام القرض وطعام السلم أن طعام السلم غير مستقر؛ لأنه يجوز أن يلحقه فسخ أو انفساخ؛ لأن المسلم فيه إذا انقطع، قال الشافعي: انفسخ السلم فِي أحد القولين، وقال فِي القول الآخر: له الخيارُ إن شاء رضي بتأخيره إلىٰ قابل وإن شاء فسخه، وليس كذلك القرض، فإنه غير مضمون بعقد المعاوضة، فجاز التصرف فيه قبل القبض كما يجوز بعده، ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يجوزُ أيضًا فِي القرض؛ لأن الحوالة لا تصح من غير الأثمان، وهذا ليس بشيء.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِّيَّاللَّهُ: (وَلَوْ أَعْطَاهُ طَعَامًا فَصَدَّقَهُ فِي كَيْلِهِ لَمْ يَجُزْ، فَإِنْ قَبَضَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ مَعَ يَمِينِهِ فِيمَا وَجَدَ)[1].

وهذا كما قال.. إذا كان لرجل علىٰ رجل طعامٌ بكيل معلوم أو اشترىٰ منه طعامًا بعينه بكيل معلوم، مثل أن يبيعه صُبْرة علىٰ أنها عشرة أقفزة، أو يبيعه عشرة أقفزة من صُبْرة ثم قبضه منه جِزافًا من غير كيل، أو قال له «قد كلته أنا وهو عشرة أقفزة» فقبل قوله وقبضه، فإن القبض فاسد؛ لأن من شرطه الكيل لما قدمنا من السُّنة فِي ذلك، فإذا تقرر هذا، نُظر فِي الطعام:

فإن كان باقيًا كيل، فإن خرج وَفق حقه فقد استوفىٰ حقه، وإن خرج أقل من حقه رجع علىٰ صاحبه بتمامه، وإن خرج أكثر منه رد الزيادة، وإن كان قد استهلكه فإن القول قوله مع يمينه فِي قدره، وإن ادعىٰ قدر حقه فقد استوفاه، وسقط حقه عن ذمة من كان له عليه، وإن ادعىٰ النقصان فإن القول قوله مع

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

يمينه، سواء كان يسيرًا أو كثيرًا، نص عليه فِي «كتاب الصرف».

وأما إذا قال له البائع «احضر اكتيالي ممن استوفيتُ منه فتأخذ بذلك الكيل» فحضر وأخذ بكيله لم يجز، وكان القبض فاسدًا.

فإن ادعىٰ النقصان، فإن كان الذي ادعاه يسيرًا يقع مثله [فِي بخس][1] الكيل، فإن القولَ قولُه مع يمينه، وإن كان كثيرًا لا يقع مثله فِي بخس الكيل لا يقبل.

والفرقُ بينهما أن فِي هذه المسألة شاهد اكتيال صاحبه من بائعه، فلا يقبل قوله إلا فِي قدر يقارب الكيل، وليس كذلك هاهنا فإنه قبضه جِزافًا، فقبل قوله فيما ادعاه من النقصان، سواء كان قليلًا أو كثيرًا.

فإن قيل: قد قال الشافعي: ولو أعطاه طعامًا فصدقه فِي كيله، وإذا صدقه فِي كيله وجب أن لا يسمع منه دعوىٰ النقصان.

فالجوابُ: أن التصديق هاهنا ليس علىٰ الإخبار عن علمه بقدره وإنما هو قبول لقوله، وقد يجوز أن ينكشف خلافه.

ولأن تصديقه فِي كيله لا يمنع صحة دعواه؛ لأن الكَيَّال قد يبخس فيخرج المكيل ناقصًا، وقد يوفِي فيخرج زائدًا، فإذا كان كذلك وجب أن تسمع دعواه النقصان، ولهذا نقول: إنه إذا خرج زائدًا سلمت الزيادة إلىٰ البائع، وإن كان قد أقر بأنه عشرة أقفزة.

وأما التصرف فِي الطعام الذي قبضه من غير كيل، فإن باع الجميع قال أصحابنا: لا يجوز؛ لأنا نتحققُ أنه يستحقه، وربما كان زائدًا، فتكون الزيادة للدافع، فإن باع ما يتحقق أنه حقُّه منه، وهو أن يكون الطعام قفيزًا فيبيع منه نصف قفيز فهل يجوز ذلك؟ فيه وجهان؛ قال أبو إسحاق: يجوز، وقال أبو

---

(١) ليس في (ق).

علي بن هريرة من أصحابنا: لا يجوز، وعليه نص فِي «كتاب الصرف».

فإذا قلنا: يجوز، فوجهه أن الضمان قد انتقل إليه، فجاز تصرفه فيما تحقق أنه ملكه، كما إذا أخذه كيلًا، وإذا قلنا: لا يجوز، فوجهه أن العلقة باقية بينهما؛ لأنه يحتاج إلىٰ تسليمه بالكيل، فأشبه إذا باعه قبل القبض.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلَوْ كَانَ الطَّعَامُ سَلَفًا جَازَ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا شَاءَ يَدًا بِيَدٍ)[1].

وهذا كما قال.. إذا كان لرجل علىٰ رجل طعام سلفًا، يريد به قرضًا، فأعطاه مالًا؛ نُظِر، فإن كان الذي أعطاه طعامًا من جنس ما عليه، فهو نفس حقه وليس ببدل مما كان عليه، وإن أعطاه من جنس آخر، فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون طعامًا أو غيره.

فإن كان طعامًا مثل الشعير، والذرة، والأرز، وما أشبهه، فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون فِي الذمة أو عينًا.

فإن كان فِي الذمة نُظِر فِي عينه قبل التفرق وقبضه جاز؛ لأن ما عين فِي المجلس بمنزلة ما كان معينًا فِي حال العقد، وإن فارقه قبل قبضه وتعيينه فإنه لا يجوزُ لمعنيين؛ **أحدهما**: أن كل عوضين يجري فيهما الربا بعلة واحدة لا يجوزُ التفرق فيهما قبل التقابض، **والثاني**: أنه يكون بيع الدين بالدين، وقد نهىٰ رسولُ الله ﷺ عن بيع الدين بالدين والكالئ بالكالئ[2].

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٠٦٠، ٣٠٦١) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال الدارقطني: قال اللغويون: هو النسيئة بالنسيئة.

وإن كان غير الطعام مثل الدراهم، والدنانير، والثوب، والدابة، فإنه يجوز، فإن كان فِي الذمة ثم قبضه جاز فِي المجلس، وإن كان فِي الذمة ففارقه قبل القبض لم يجز، لمعنىٰ واحد، وهو أنه بيع الدين بالدين، وإن كان معينًا، وفارقه قبل القبض، اختلف أصحابُنا فيه؛ فمنهُم مَن قال: يجوز، كما إذا باع طعامًا بعينه فِي الذمة وافترقا قبل التقابض، يصح كذلك هاهنا، ومنهُم مَن قال: لا يصح؛ لأن الشافعي شرط القبض قبل التفرق فيما يأخذه فقال: جاز أن يأخذ ما شاء يدًا بيد، ووجهه أن المبيع فِي الذمة، فوجب تعجيل ثمنه فِي المجلس، قياسًا علىٰ السلم، والله الموفق للصواب.

فَرع

قال الشافعي فِي «الصرف»: إذا كان لرجل فِي ذمة رجل طعام، فباع منه طعامًا بعينه ليقضيه منه الطعام الذي فِي ذمته، لم يصح البيع؛ لأنه شرط قضاء الدين فِي ذمته من هذا الطعام بعينه، وهذا لا يلزمه، ولا يجوزُ أن يجبر علىٰ الوفاء بهذا الشرط، فإذا كان كذلك سقط الشرط وكان فاسدًا، وإذا اقترن الشرط الفاسد بعقد البيع فسد البيع؛ [لأن الشرط إذا سقط يحتاج إلىٰ أن يزيد بقسطه من الثمن، وهذا مجهول ففسد البيع][1].

فَرع

إذا باع منه طعامًا بعشرة دراهم علىٰ أن يقضيه الطعام الذي له عليه أجود منه، فإنه لا يصِحُّ أيضًا؛ لأن الجودة لا تجوز ثمنًا بانفرادها، وإن قضاه أجود لبائعه طعامًا بعينه لعشرة دراهم لم يجز.

---

(١) ليس في (ق).

فَرعٌ

إذا باع طعامًا بعشرة دراهم مؤجلة، فإذا حل الأجل أخذ بها طعامًا، جاز علىٰ القول المشهور الذي يقول إنه يجوز أن يأخذ بدل الثمن قبل قبضه، وقال مالك: لا يجوز؛ لأنه بيع الطعام بالطعام.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأن ذلك بيع الطعام بالدراهم، لأن البيع الأول والبيع الثاني وقعا جميعًا بالدراهم، فإذا كان كذلك سقط ما قاله.

فَرعٌ

إذا أقرض رجلٌ رجلًا طعامًا بمصر، فلقيه بمكة وطالبه به، لم يجبر علىٰ دفعه؛ لأن قيمة الطعام تختلف، وإن طالبه المستقرض بقبضه منه لم يجبر المقرض علىٰ قبضه منه؛ لأن عليه فِي حمله مئونة، وإن تراضيا عليه جاز، وإن طالبه بقيمته بمصر أُجبر علىٰ دفعها؛ لأنه فِي هذا البلد بمنزلة المعدوم، وإذا كان مثل الطعام الذي أقرضه معدومًا كان له مطالبته بالقيمة فكذلك هاهنا، وكذلك إذا غصب طعامًا وأتلفه كان الحُكم فيه كما ذكرناه فِي القرض، وإن أسلم إليه فِي طعام كان الحُكم كما ذكرنا إلا فِي أخذ البدل فإنه لا يجوز؛ لأنه بيع المسلم فيه قبل قبضه ولم يجز.

فَرعٌ

إذا اشترىٰ صُبْرة من طعام فوجدها مصبوبةً علىٰ دكة، أو صخرة، أو ربوة من الأرض، فهذا غشٌّ وخيانة، ويثبت للمشتري فيه الخيار، إن شاء رضي به وإن شاء فسخ البيع، وهذا كما لو وجد فيها طعامًا رديئًا، أو حاميًا، أو مبلولًا.

فرع

إذا اشترىٰ رجلٌ من رجل عبدًا بثوب، وقبض العبد، ولم يسلم الثوب، فباع العبد صح بيعه؛ لأنه قبضه وانتقل إليه ضمانه، وإذا باعه وسلمه إلىٰ المشتري ثم تلف الثوب الذي فِي يد البائع انفسخ البيع، ولزمه قيمة العبد لبائعه؛ لأنه لا يقدر علىٰ رده بعينه، فهو بمنزلة ما لو استهلك، وإن باع العبد ولم يسلمه حتىٰ تلف العبد والثوب جميعًا فِي يده بطل البيعان جميعًا.

فرع

إذا اشترىٰ شِقصًا من دار أو أرض بعبد، وقبض الشِّقص ولم يسلم العبد، كان للشفيع أن يأخذه منه بقيمة العبد، فإن قبضه، ثم هلك العبد فِي يده بطل البيع، ولم تبطل الشفعة فِي الشِّقص، ووجب عليه أن يدفع إلىٰ البائع قيمة الشِّقص حين قبضه، ووجب علىٰ الشفيع للمشتري قيمةُ العبد حين وقع البيع عليه؛ لأن ثمن الشِّقص إذا كان مما لا مثل له وجب علىٰ الشفيع قيمته حين البيع.

فرع

إذا اشترىٰ نخلًا حاملًا ثم أثمرت فِي يد البائع كانت الثمرةُ علىٰ المشتري، وهي أمانة فِي يد البائع، وإن هلكت الثمرةُ فِي يد البائع وسلمت الأصول لم يجب عليه الضمان، وإن هلكت النخيلُ دون الثمرة انفسخ البيعُ وسقط الثمنُ عن المشتري، وكانت الثمرة له؛ لأنه ملكها بغير عوض.

وكذلك إذا كان المبيع عبدًا وكسب مالًا فِي يد البائع، أو وجد لقطة أو كنزًا، أو وُهب له شيءٌ، أو أوصي له به، كان ذلك كله للمشتري، والله الموفق للصواب.

❀ ❀ ❀

باب بيع المصراة من كتب

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ، عَنْ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ قَالَ: «لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ لِلْبَيْعِ، فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، فهو بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلُبَهَا؛ إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ»)[1].

وهذا كما قال.. المُصَرَّاة: أن يترك حلب الناقة، أو البقرة، أو الشاة، يومًا أو يومين، فيجتمع فِي ضرعها اللبن، ثم يحملها إلىٰ السوق، فإذا نظر المشتري إلىٰ ضرعها رآه كبيرًا، ورأىٰ لبنه غزيرًا، فيظن أن لبنها فِي كل يوم كذلك، فيزيد فِي ثمنها، فإذا حلبها ونقص لبنها، وقف علىٰ التصرية، كان بالخيار، إن شاء رضي بها، وإن شاء ردها مع صاعٍ من تمر، بدل اللبن الذي حلبه.

وسميت مُصَرَّاة لجمع اللبن فِي ضرعها، يقال: صَرَّىٰ الماء فِي الحوض، والطعام فِي الشدق، والماء فِي الظهر، إذا لم يتزوج، وسُميت المُصَرَّاة بهذا الاسم، وتسمىٰ أيضًا المُحَفَّلَة، وذلك أيضًا لجمع اللبن فِي الضرع، والتحفيل هو الجمع، وتسمىٰ مجامع الناس محافل.

وهذا الفعلُ محرم؛ لأنه تدليسٌ وخديعة، وبِهذا المذهبِ قال مالك، والليث بن سعد، وابن أبي ليلىٰ، وأحمد، وإسحاق، وهو مذهب عبد الله بن مسعود، ذكره البخاري فِي صحيحه[2]، وبه قال ابنُ عمر، وأبو هريرة، وأنس ابن مالك، وقال أبو حنيفة: لا خيار له[3].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

(٢) صحيح البخاري (٢١٤٩).

(٣) مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٥٨- ٥٩).

واحتج من نصره بأنه ليس بعيب إذا لم يكن اللبن غزيرًا، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار، أصله: إذا علف الشاة وسقاها حتىٰ امتلأت خواصِرُها فظن مشتريها أنها حامل، ثم تبين أنه كان ملأها من العلف، وإذا لم يكن له الخيار، هناك لم يكن له الخيار هاهنا.

وكذلك إذا عمَّم عبده وألبسه الدُّرَّاعة[١]، ومسح بأنامله المداد، فظن المشتري أنه كاتب أو طبيب فاشتراه، لم يكن له الخيار، كذلك هاهنا.

وأيضًا، لو كان نقصانُ اللبن عيبًا يوجب الخيار، لكان إذا وجده ناقصًا ثبت الخيار وإن لم يكن صرَّاها كما يثبت فِي نقصان أعضائها، ونقصان سائر ما يكون نقصانه عيبًا، وأيضًا، فإنكم بنيتم ذلك علىٰ أن اللبن فِي الضرع يأخذ قسطًا من الثمن، وهذا غيرُ صحيح؛ لأنه مستكِن فِي جوف الحيوان، فلا يأخذ قسطًا من الثمن، قياسًا علىٰ الحمل.

ولأنه لو كان يأخذ قسطًا من الثمن لوجب أن يجوزَ إفراده بالبيع، كما إذا باع الأصل مع الثمرة، لما كانت الثمرة تأخذ قسطًا من الثمن جاز إفرادها بالبيع.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه ما روىٰ الشافعي عن مالك، عن أبي الزناد[٢]، عن الأعرج[٣]، عن أبي هريرة عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**لا تُصَرُّوا الإبلَ والغنمَ للبيعِ، فمَنِ ابتاعها بعدَ ذلك، فهو بخيرِ النَّظرينِ بعد أن يحلِبَها؛ إنْ رَضِيَها أمسَكَها، وإنْ سَخِطَهَا رَدَّها وَصَاعًا من تَمرٍ**»[٤].

---

(١) ضرب من الثياب التي تلبس، وقيل: جبة مشقوقة المقدم.

(٢) عبد الله بن ذكوان، ثقة شهير.

(٣) عبد الرحمن بن هرمز، أبو داود.

(٤) أخرجه البخاري (٢١٥٠).

وروىٰ أبو بكر بن المنذر[١] بإسناده عن أيوب السختياني، عن محمد بن سيرين، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**من اشترى شاةً مُصَرَّاة، فهو بالخيار ثلاثة أيام إن شاءَ أمسكها وإن شاءَ ردَّها وصاعًا**» وفِي بعض ألفاظه: «**لا سمراءَ**» يريد به: لا حنطة[٢].

وروىٰ ابنُ عون، عن محمد بن سيرين: أنه سمع أبا هريرة يقول: لا سمراء: تمر، ليس ببُر[٣].

وأيضًا روىٰ أبو داود فِي سننه[٤] عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنِ ابتاعَ محفلة، فهو بالخيار ثلاثةَ أيَّام، فإن ردَّها ردَّ معها مثل أو مثلي لبنها قمحًا**».

فإذا ثبت هذا، فقد اعترض المخالف على هذا الحديث بثلاثة أسئلة:

أحدها: أن هذا من أخبار أبي هريرة، وإنما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار، وأما فِي الأحكام فلا يقبل.

والثاني: أن ذلك مخالف للأصول، وخبر الواحد إذا خالف الأصولَ وجب اطراحُه، ومخالفتُه للأصول من ثلاثة أوجه؛ **أحدها**: أن الشيء إنما يُضمن بمثله أو قيمته، فأما ضمانُ اللبن بالتمر فإنه مخالف للأصول، **والثاني**: أن بدل المتلف تختلف قلته وكثرته، **والثالث**: أنه يؤدي إلىٰ الجمع بين الثمن والمثمن للبائع؛ لأنه قد يشتري الشاة بصاع، فإذا ردَّها وردَّ معها صاعًا من تمر حصل له المبيع وثمنه، وهذا لا يجوز.

---

(١) الأوسط (٧٩٠٣).

(٢) الأوسط (٧٩٠٧- ٧٩٠٨).

(٣) الأوسط (٧٩٠٨).

(٤) سنن أبي داود (٣٤٤٦).

وأيضًا[١] فإنَّا نتأولُه علىٰ من اشترىٰ شاةً وشرط أن لبنها فِي كلِّ عشرة أرطال، فإنه يفسد البيع، وله أن يسقط الشرط، فصح البيعُ، وله أن يستَرِده ويفسخ البيع الفاسد.

والجوابُ عن السؤال الأول وهو أنه من أخبار أبي هريرة، فإنه يقال لهذا القائل: هذا شعبةٌ من الرفض[٢]، فإنه تنقُّصٌ من صحابيٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فليتق الله هذا القائل وليتب إليه من ذلك.

قال أبو عبيد القاسمُ بنُ سلَّام[٣] فِي كتابه المسمىٰ بـ«الحجر والتفليس»: ناظرتُ محمد بن الحسن، واحتججتُ عليه بحديث أبي هريرة: «**أيُّما رجلٍ ماتَ أو أَفْلَسَ فصاحِبُ المتاعِ أحقُّ بمتاعِهِ إذا وجدَهُ بعينِهِ**» فقال: هذا من أخبار أبي هريرة، فكان ما هرب إليه أشدَّ عليه مما هرب منه![٤].

وقال أبو العباس بنُ سُريج[٥] فِي خبَرِ المُصَرَّاة: فلم يكفهم أنَّهم ردُّوا خبَرًا صحيحًا عن النبيِّ ﷺ حتىٰ طعنوا فِي رجل من الصحابة، وما أشبه هذا القائل إلا برجل أصابته نجاسةٌ فغسلها بالبول.

فإذا ثبت ذمُّ هذا القائل، فنقول له: لم وجب أن لا يُعمل بخبره؟ فإن قال: لأنه أكثر الحديث عن النبيِّ ﷺ.

فالجوابُ: أن هذا لا يُوجبُ رده، وإنما يوجب قبوله، ويؤكد لزومه؛ لأنه

---

(١) وهو السؤال الثالث.

(٢) نسبة للرافضة المشهورين بانتقاص الصحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ.

(٣) أبو عُبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الهروي البغدادي المتوفىٰ سنة ٢٢٤هـ.

(٤) نقله عن المصنف: السبكي في تكملة المجموع (١٢/ ٢٨).

(٥) أحمد بن عمر بن سريج البغدادي، أبو العباس.

يدل علىٰ غزارة حفظه وسعة علمه، وكان (الشيخ أبو محمد)[1] الباقي يجيب عنه بقول البُحْتُري[2]:

إذَا مَحَاسِنِي اللَّاتِي أُدِلُّ بِهَا ... صَارتْ ذُنُوبِي فَقُلْ لي كيفَ أَعْتَذِر

[وجوابٌ آخر، وهو أن أبا بكر بن المنذر روىٰ فِي كتابه[3] عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه أجاب عن هذا فقال: يقولون إن أبا هريرة يكثر الحديث، والله الموعد! كانوا يشتغلون بغرس الودِي، والصفق فِي الأسواق، وكنتُ ألزَمُ رسولَ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علىٰ شبع بطني، فهذا يدل علىٰ أن حفظَهُ، وسعة علمه، كان لملازمته رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

ويدلُّ علىٰ ذلك ما روي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «**زُرْ غِبًّا تَزْدَدْ حبًّا**»[4]، ويدل علىٰ أن هذا مستكثِرٌ به ما روي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «**أَبُو هريرةَ وعاء العلم**»[5]، وروي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه دعا لأبي هريرة بالحفظ فقال: ما نسيتُ شيئًا حفظتُه[6].. فدل ذلك علىٰ أنه إنما كثر حديثه واتسع حفظه لذلك][7].

لذلك][7].

وجوابٌ آخر، وهو أن أبا هريرة كان ثقة، مأمونًا، عالمًا، يقتدىٰ به،

---

(١) في حاشية (ق): «الشيخ أبو حامد» وهو غلط، وهو أبو محمد الباقي من شيوخ المصنف رحمهما الله.

(٢) الوليد بن عبيد بن يحيىٰ الطائي، أبو عبادة البحتري، شاعر كبير، يقال لشعره سلاسل الذهب، وهو أحد الثلاثة الذين كانوا أشعر أبناء عصرهم: المتنبي، وأبو تمام، والبحتري.. الأعلام (٨/ ١٢١).

(٣) الأوسط (١٠/ ٤٣٧).

(٤) أخرجه الطيالسي (٢٦٥٨) والبزار (٩٣١٥) عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٥) أخرجه ابن الأعرابي (٢١٩٢) والحاكم (٦١٥٩) عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٦) أخرجه البخاري (١١٩) ومسلم (٢٤٩٢).

(٧) جميع ما بين المعقوفين ليس في (ق).

ويؤخذ عنه العلم، فروي عن عثمان رَضِوَاللَّهُ عَنْهُ أنه قال لأبي هريرة حين روىٰ لهم خبر تزويج النبي ﷺ قال: «امكُثِي فِي بيتِكِ حتَّى يبلغَ الكتابُ أجلَهُ»: حَفِظَ اللهُ عليك دينك كما حفظتَ علينا سنة نبينا ﷺ.

وروي عن عبد الله بن عمر أنه قال: أبو هريرة خيرٌ مني[١].

وروىٰ عنه عبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وجابر، وأنس، وعمرو ابن حزم، وعمرو بن حُريث، وحدَّث عنه طلحة بن عبيد الله، وأبو أيوب الأنصاري، وقال البخاري: حدَّث عن أبي هريرة سبعُمائة من أبناء المهاجرين والأنصار[٢]، فلا عذر لمن ترك حديثه.

وجوابٌ آخر، وهو أنَّا نقولُ لهذا القائل: قد زعمتَ أنك تعمل بما فيه ذكر الجنة والنار، وإذا وجب قبول خبره فِي ذلك وجب قبوله فِي الأحكام، ولا فرق بينهما؛ لأن الأحكام هو الثواب والعقاب، فإذا قُبل فِي ذلك وجب قبولُه فِي الأحكام.

وجوابٌ آخر، وهو أنَّا قد روينا من جهة عبد الله بن عمر عن النبيِّ ﷺ، وروىٰ البخاري فِي صحيحه[٣] عن أبي عثمان[٤] أنه قال: قال عبد الله بن مسعود: من اشترىٰ محفَّلة، فردها، فليرد معها صاعًا؛ ولا يقوله إلا توقيفًا، فسقط السؤال.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن ذلك مخالف للأصول، فهو أن خبر الواحد أصل بنفسه، ولا يجوزُ إسقاط بعض الأصول ببعض.

---

(١) ذكره ابن عبد البر في الاستذكار (٤/ ١٣٨).

(٢) ذكره المزي في تهذيب الكمال (٣٤/ ٣٧٧) ولفظه: روىٰ عنه نحو من ثمانمئة رجل أو أكثر من أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ والتابعين وغيرهم.

(٣) صحيح البخاري (٢١٤٩).

(٤) أبو عثمان النهدي وهو عبد الرحمن بن مل، بتثليث الميم.

وجوابٌ آخر، وهو أن هذا الخبر مخالفٌ لقياس الأصول، وقياس الأصول يترك لخبر الواحد؛ لأنه أقوىٰ منه، ولهذا قال أبو حنيفة: إن القياس أن من أكل ناسيًا يفطر، ولكن تركتُ القياس لخبر أبي هريرة ﵁: «**أطعمك وسقاك**»[١].

وجوابٌ آخر، وهو أنهم ناقضوا فِي ذلك؛ لأن أبا حنيفة قبِل خَبَرَ القسامة، وخبر القهقهة، وخبر نبيذ التمر، وهذا كله مخالف للأصول وقد قبله وعمل به.

وجوابٌ آخر، وهو أنَّا لا نسلِّم أن ذلك مخالف للأصول؛ لأن ضمان الشيء بغير جنسه وقيمته وقد وُجد فِي مواضع كثيرة، منها الحُر يضمن بمائة من الإبل، والمحرم يضمن الصيد بمثله من النعم، ويضمن الجنين بغرة عبد أو أمة.

وأما قولُهم أن بدل المتلف يختلفُ بقلته وكثرته، فهو أنه سوىٰ بين القليل والكثير هاهنا؛ لأنه يختلط باللبن الحادث فِي ملك المشتري عقيب العقد، ولا يمكن التمييز بينهما، فجعل النبيُّ ﷺ فِي الشرع لبدله مقدارًا مقدرًا لقطع الخصومة، وهذا كما سوَّىٰ فِي جنين الحرة بين الذكر والأنثىٰ، وجعل فِي الجميع غرةَ عبدٍ أو أمة؛ لأنه قد يسقط فلا تتبين هذه الصفة، وقد يخرج منقطعًا، وقد يكون منه العلامتان جميعًا، فكذلك هاهنا.

وأما الجوابُ عن قولِهم أنه يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل، فهو أنه إذا أدىٰ إلىٰ ذلك فإنا لا نجمع بينهما، ونحن نبين ذلك فيما بعدُ إن شاء الله.

وأما الجوابُ عن السؤال الثالث وهو التأويل، فهو أنه لا يصح؛ لأن النبيَّ

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٩٨) عن أبي هريرة قال: جاء رجل إلىٰ النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إني أكلت وشربت ناسيًا، وأنا صائم؟ فقال: «الله أطعمك وسقاك».

ﷺ لم يشترط فيه أن يكون المشتري قد اشترط قدرًا من اللبن، ولا يجوزُ حمل اللفظ علىٰ ما لا يحتمله، ولأن النبيَّ ﷺ جعل الخيار للمشتري، وفِي البيع الفاسد يكون الخيار لهما جميعًا، ولأن النبيَّ ﷺ جعل الخيار بعد الوقوف علىٰ التصرية، وإذا كان البيع فاسدًا، فالخيار ثابتٌ عندهم عقيب العقد، فلم يصح هذا السؤال، والله الموفق للصواب.

ومن القياس: أنه تدليسٌ بما يختلف الثمن لأجله، فوجب أن يثبت الخيار، قياسًا علىٰ تسويد الشعر الأبيض والأشقر، وأن مثل هذا تدليسٌ بعيب، وليس كذلك نقصان اللبن عن الكثرة والغزارة، فإنه ليس بعيب.

فالجوابُ: أن هذا غيرُ صحيح؛ لأن بياض الشعر ليس بعيب، وإنما هو خِلْقة الأصل، فإن الله تعالىٰ خلق الشعر خِلْقة يكون فِي بعض الأوقات أسود وفِي بعضها أبيض، وقد يمكث الإنسان فِي حال البياض أكثر مما يمكث فِي حال السواد، وأما الشُّقرة فلا شبهة أنها ليست بعيب، فإذا كان كذلك سقط السؤال.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أنه تدليس بما ليس بعيب، فمن وجوه؛ أحدها: أنه منتقضٌ بتسويد الشعر؛ لأنه فِي معنىٰ التدليس بالعيب، لأن تدليس العيب إنما أثبت الخيار؛ لأن الثمن ينقص به، فليس بينهما فرق، وعلىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل أنه ليس بتدليس؛ لأن الخواصر تمتلئ من الطعام والشراب، وذلك معتاد، فإن الشاة تروح فِي كلِّ يوم علىٰ هذه الصفة، فلا يظنه حملًا إلا مَن لا تمييز له، أو سَوادِيٌّ يظنُّ البقرة سبعًا يفر منها، وكذلك الغلام قد يكون دواتيًّا فيكون أثر المداد لإصلاح الدواة، فلا يجوزُ أن يكون بذلك كاتبًا حاسبًا، فلم يكن ذلك تدليسًا من جهته، فلم يثبت الخيار.

وأما الجوابُ عن قولِهِم لا يثبت الخيار إذا لم يكن شاهَدَ، فهو أن عندي لا يثبت كما قالوه؛ لأنه إذا كان قد رآها غير مُصَرَّاة، وشاهد ضرعها، ثم اشتراها فِي تلك الرؤية، وكان صاحبها قد صرَّاها للبيع بعده، فلم يكن قد دلَّس عليه، ولا غرَّه فيه، لأنه اشتراه بالسابقة والمشاهدة المتقدمة، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإنه يدلس بالتصرية، وغره فيه، فثبت الخيار.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن اللبن لا يأخذ قسطًا من الثمن، قياسًا على الحمل، فهو أن لنا فِي الحمل قولين:

أحدهما: يأخذ قسطًا من الثمن، فسقط القياس.

والثاني: لا يأخذ قسطًا من الثمن، فعلىٰ هذا نقول: الحملُ لا يقدر علىٰ استخراجه من الأم، فهو بمنزلة الشحم المخلوق فِي الجوف، وسائر ما فِي الجوف من البطون، وليس كذلك اللبن، فإنه مقدور عليه، فهو بمنزلة اللبن فِي الإناء، إذا باع أخذ كلٌّ واحد من اللبن والإناء قسطًا من الثمن.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه لو كان يأخذ قسطًا من الثمن لجاز إفراده بالبيع، فهو أنه ينتقض بأساس الدار وأطراف الخشب التي فِي البناء، فإنه لا يجوزُ إفرادها بالبيع، وهي تدخل فيه علىٰ طريق التبع، ويأخذ قسطًا من الثمن.

• فَصْلٌ •

وروى أبو هريرة عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «مَنِ اشترَى مُصَرَّاةً، فهو بالخِيارِ ثلاثةَ أيَّامٍ، إنْ شَاءَ أمسَكَهَا، وإنْ شَاءَ ردَّهَا وصَاعًا مِنْ تَمْرٍ لا سَمْرَاءَ»[1] وفِي

(١) الأوسط (٧٩٠٣).

بعض ألفاظه: «**صاعًا مِنْ طعامٍ لا سَمْرَاءَ**»(١).

وروىٰ ابنُ عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مَنِ ابتاعَ محفَّلة، فهو بالخِيارِ ثلاثةَ أيَّامٍ، فإنْ ردَّها ردَّ مَعَهَا مثلَ لَبَنِهَا قَمْحًا**»(٢).

واختلف أصحابُنا فيه؛ فقال أبو العباس بن سريج: يريد فِي كلِّ بلدٍ من غالب قوته، وإنما اختلف لفظُ النبي ﷺ فِي ذلك؛ لأنه أراد به فِي البلدان التي تختلف فيها العادة فِي القوت فقال: صاعًا من تمر بالمدينة؛ لأن غالب قوتِها التمر، وكانت الحنطة بها عزيزة، وقال: «**صاعًا من طعام لا سمراء**» حيث يكون الغالب من القوت الشعير أو الذرة أو الأرز، وقال: «**مثل لبنها قمحًا**» وأراد به الصاع؛ لأن الغالب أنه مثل اللبن الذي فِي الضرع، وقصد به البلد الذي يكون ذلك غالب قوته، وهذا كما قال النبي ﷺ فِي زكاة الفطر: «**صاعًا من تمر أو صاعًا من شعير**»، وكان المراد به غالب قوت البلد فكذلك هاهنا.

وقال أبو إسحاق المروزي: الصاعُ من التمر هو الأصل، ويُنظر فِي الحنطة، فإن كانت أغلىٰ منه وأكثر ثمنًا جاز، وإن كان دونه لم يجز، وإن كان فِي بلد لا يوجد فيه التمر وجبت فيه قيمة الصاع من التمر بالمدينة، وإن كان فِي بلد يوجد فيه التمر إلا أن ثمنه كبير، يأتي علىٰ ثمن الشاة أو علىٰ الأكثر منه، قوم بقيمة المدينة.

قال أبو إسحاق: لأنا لو أوجبنا فِي هذا البلد صاعًا من تمر أدىٰ إلىٰ أن يجتمع للبائع الثمن والمثمن، أو المثمن وأكثر الثمن، وهذا لا يجوز، ومِن أصحابِنا مَن قال: إن التمر هو الواجب، وإن أتىٰ علىٰ ثمن الشاة؛ للسنة.

---

(١) الأوسط (٧٩٠٧- ٧٩٠٨).

(٢) سنن أبي داود (٣٤٤٦).

وأما قوله إنه يؤدي إلىٰ اجتماع الثمن والمثمن، فإنه لا يمتنع مثل ذلك، وهو أن يبيع رجلٌ سلعةً بعبدٍ قيمة كلٍّ واحد منهما ألف درهم، ثم يزيد العبد، فتبلغ قيمته ألفين، ويجد المشتري بالسلعة عيبًا فيردها، ويسترجع العبد، وقيمته ألفا درهم، وذلك قيمة الثمن والمثمن.

• فَصْلٌ •

وأما قولُه ﷺ «**فهو بالخيار ثلاثة أيام**» فقد اختلف أصحابُنا فيه، فقال أبو إسحاق: قدر الثلاثة الوقوف علىٰ التدليس ومعرفة عيب التصرية؛ لأنه لا يقف عليها فِي الحلبة الثالثة، لجواز نقصانه بتغير المزاج، وإذا حلب الحلبة الثالثة ناقصًا تبين أن الأولىٰ كانت تصريةً، وإذا وقف علىٰ التصرية كان له الخيار، وكان علىٰ الفور لخيار الرد بالعيب، وقال أبو علي بن أبي هريرة: الثلاثة إذا شرط الخيار فيه فإن شرط الخيار يقدر بثلاثة أيام، فأما خيار التصرية، فهو علىٰ الفور.

ومِن أصحابِنا مَن قال: إذا وقف علىٰ خيار التصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار فِي بقية الثلاث للسُّنة، وإليه ذهب القاضي أبو حامد فِي جامعه. قال: وقد نص الشافعي عليه فِي كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ.

فرع

إذا كان لبنُ التصرية باقيًا لم يشرب منه شيئًا، فإن أراد رده مع الشاة لم يجبر البائع عليه، ذكره أبو إسحاق فِي «الشرح» وقال: لأنه بالحلب صار معيبًا ناقصًا عما كان فِي الضرع؛ لأنه إذا خرج من الضرع أسرعت إليه الحموضة والتغير، فلا يجبر البائع علىٰ أخذه ناقصًا عما أخذه المشتري، وفيه وجه آخر، وأنه يجوز له رده، ويجبر عليه؛ لأن هذا العيب حدث بطريق

هو استعلام للعيب فلم يمنع الرد كما لا يمنع رد الشاة وحدها، والله الموفق للصواب.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَكَذَلِكَ الْبَقَرُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا صرَّىٰ البقرة ثم باعها، كان حكمها بمنزلة الناقة والشاة، وحكي عن داود أنه قال: لا يجوزُ له رد البقرة.

واحتج بقوله ﷺ: «**لا تصروا الإبل والغنم للبيع، فمن ابتاعها بعد ذلك، فهو بخير النظرين**»[٢] فخص الإبل والغنم، فدل علىٰ أن البقر بخلافهما.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روىٰ ابنُ سيرين، عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**من اشترى مُصَرَّاة، فهو بالخيار ثلاثة أيام**»[٣] وروىٰ ابنُ عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**من ابتاع محفَّلة، فهو بالخيار ثلاثة أيام**»[٤]، فعمَّ ولم يخص.

ومن القياس: أنه تدليسٌ بتصرية لبن مقصود، فأشبه الناقة، والشاة، وأيضًا فإن لبن البقرة أعلىٰ من لبن الناقة وأكثر منافع، فإذا حصل له رد الناقة، فلأن يكون له رد البقرة أولىٰ.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من الخبر، فهو أن التنبيه مقدمٌ علىٰ الدليل[٥]، وقد نصَّ النبي ﷺ علىٰ الأعلىٰ بالأدنىٰ لينبه [علىٰ ما بينهما][١]،

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٥٠).

(٣) الأوسط (٧٩٠٣).

(٤) سنن أبي داود (٣٤٤٦).

(٥) يعني دليل الخطاب.

ولما كان لبن البقرة أعلىٰ من لبن الناقة، نبه بذلك علىٰ حكم البقرة.

فرع

إذا صرَّىٰ جاريةً وباعها ففيها ثلاثة أوجه؛ **أحدها**: أن ذلك بمنزلة تصرية الإبل، والبقر، والغنم، فِي الرد ورد الصاع من التمر، ومِن أصحابِنا مَن قال: يردها ولا يرد معها صاعًا من تمر؛ لأن لبن الآدمية لا يباع ولا يشترىٰ فلا عوض له، **والثالث**: لا يردها؛ لأن المقصود من بيع الجارية عينها دون لبنها، والأول أصح.

فرع

إذا صرَّىٰ أتانًا.. قال أصحابنا: له ردُّها؛ لأنه يحتاج إلىٰ لبنها للجحش، وهل يرد معها صاعًا من تمر؟ مبني علىٰ طهارة لبنها، فقال أبو سعيد الإصطخري: لبنها طاهر، وقال سائر أصحابنا: نجس، فإذا قلنا طاهر؛ رد بدله صاعًا من تمر، وإذا قلنا نجس؛ لا يرد؛ لأن النجس لا بدل له ولا قيمة.

فرع

إذا اشتراها وهو عالم بالتصرية، لم يكن له الخيار، كما إذا اشترىٰ شيئًا وهو عالمٌ بعيبه، وإذا اشترها وهي مُصَرَّاة ولم يعلم بها حتىٰ ثبت لبنها وصار لبن العادة بتغير المرعىٰ زال الخيار؛ لأن العيب قد زال، كما إذا اشترىٰ شيئًا ووجد به عيبًا ثم زال العيب سقط الخيار، وفيهما جميعًا وجه آخر: أن الخيار لا يسقط؛ لأن التدليس بالعيب فِي حال العقد قد وُجِد، والأول أصح.

---

(١) ليس في (ق).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (فَإِنْ رَضِيَهَا الْمُشْتَرِي، وَحَلَبَهَا زَمَانًا، ثُمَّ أَصَابَ بِهَا عَيْبًا غَيْرَ التَّصْرِيَةِ، فَلَهُ رَدُّهَا بِالْعَيْبِ، وَيَرُدُّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ ثَمَنَ اللَّبَنِ لِلتَّصْرِيَةِ، وَلَا يَرُدُّ اللَّبَنَ الْحَادِثَ؛ لِأَن النبيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا رضي المشتري بعيب التصرية وحلبها أيامًا، ثم وجد بها عيبًا آخر كان له [ردها بالعيب الذي وجده، كما إذا اشترىٰ شيئًا ووجد به عيبًا فرضي به، ثم وجد به عيبًا آخر كان له][2] ردُّه، فإذا ردَّه لزمه أن يرد بدل لبن التصرية، وهو اللبنُ الموجودُ فِي حال العقد الذي صرَّاه وجمعه صاعًا من تمر؛ لأن النبيَّ ﷺ جعل له صاعًا من تمرٍ، وأما سائر اللبن الذي حلبه بعد لبن التصرية فلا شيء عليه فيه؛ لأن النبيَّ ﷺ جعل الخراج بالضمان[3]؛ ولأنه لبنٌ حادث فِي ملكه لا حق للبائع فيه، فلم يجب عليه رد عوضه.

فرع

إذا باع شاة غير مُصَرَّاة وحلبها أيامًا، ثم وجد بِها عيبًا، فأراد ردَّها، نُظر، فإن كان قد اشتراها محلوبة لا لبن فِي ضرعها جاز له ردها، واللبنُ الذي حلبه لا شيء عليه فيه؛ لأنه حادثٌ فِي ملكه، وإن كان فِي ضرعها لبن، نُظِر:

فإن كان قد استهلكه لم يجز له ردها[4]؛ لأن بعض المبيع قد تلف.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

(٢) ليس في (ق).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذي (١٢٨٥) عن عائشة رضي الله عنها وقال أبو داود: هذا إسناد ليس بذاك.

(٤) في حاشية (ف): «الأصح يجوز».

وإن استهلكه فهل يجوز له ردها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ له ردها؛ لأن اللبن صار معينًا وإذا حدث فِي بعض الصفقة عند المشتري عيب، لم يجز له الرد، ورجع بأرش العيب، والعيبُ الحادث فِي اللبن ما ذكرته فيما مضىٰ، وهو أنه يسرع إليه التغير بعد الحلب ما لا يسرع إليه إذا كان فِي الضرع.

وفيه وجه آخر، وهو أنه يرده، وعلىٰ هذا نقول إن المشتري إذا رد لبن التصرية أجبر البائع عليه، ولم يجب رد الصاع من التمر، ومِن أصحابِنا مَن قال: إذا استهلك جاز له رد الشاة ولا يرد شيئًا بدل اللبن، وقد نص عليه فِي القديم.

وقال هذا القائل: وجهه أن لبن غير التصرية يسير، ولبن التصرية كثير يجتمع، فافترقا، والأولُ أقيس، وهو أنه لا يردها لتلف بعض المبيع فِي يد المشتري، والله الموفق للصواب[1].

❁ ❁ ❁

(١) في حاشية (ف): «لكن ما علل به خبر التصرية».

باب الخراج والضمان

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَخْبَرَنِي مَنْ لَا أَتَّهِمُ[١]، عَنْ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ، عَنْ مَخْلَدِ ابْنِ[٢] خُفَافٍ أَنَّهُ ابْتَاعَ غُلَامًا فَاسْتَغَلَّهُ، ثُمَّ أَصَابَ بِهِ عَيْبًا، فَقَضَى لَهُ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ بِرَدِّهِ وَغَلَّتِهِ، فَأَخْبَرَ عُرْوَةُ عُمَرَ، عَنْ عَائِشَةَ أن النبيَّ ﷺ نَصَّ فِي مِثْلِ هَذَا أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ، فَرَدَّ عُمَرُ قَضَاءَهُ، وَقَضَى لِمَخْلَدِ ابْنِ خُفَافٍ بِرَدِّ الْخَرَاجِ .. قَالَ الشَّافِعِيُّ: بِهَذَا آخُذُ فِيمَا حَدَثَ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي مِنْ غَلَّةٍ، وَنِتَاجِ مَاشِيَةٍ، وَوَلَدِ أَمَةٍ، فَكُلُّهُ فِي مَعْنَى الْغَلَّةِ، لَا يَرُدُّ مِنْهَا شَيْئًا، وَيَرُدُّ الَّذِي ابْتَاعَهُ وَحْدَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَضَاءً عَمَّا أَخَذَهُ مِنْهُ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا كان لرجل مال فيه عيبٌ فأراد بيعه، فإنه يجب عليه أن يبين للمشتري عيبه ولا يكتمه.

والأصل فيه ما روىٰ حَكيم بن حِزام رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**البيِّعانِ بالخيارِ ما لم يتفرَّقا، فإنْ صدقَا وبيَّنا بُورك لهُمَا فِي بيعِهمَا، وإنْ كَذَبَا وكَتَمَا مُحِقتْ بركةُ بيعِهما**»[٤]، وأيضًا روىٰ عُقبة بن عامر رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ أنه

---

(١) أما قوله «أخبرني من لا أتهم» فقد قيل إنه إبراهيم بن أبي يحيىٰ وقيل: هو من عرف ثقته ونسي اسمه، وقيل: بل هم جماعة لم يحب أن يخص أحدهم بالذكر فكنىٰ عنهم.

(٢) زاد بعدها في (ق): «أبي» وهو غلط، قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٨٦): هو بفتح الميم، وإسكان الخاء، وخُفَاف بضم الخاء المعجمة وتخفيف الخاء، وهو مخلد بن خفاف بن إيماء بن رحضة، بفتح الراء والحاء المهملتين والضاد المعجمة، الغفاري. قال ابن أبي حاتم: يقال: إن لخفاف ولأبيه ولجده صحبة، وكانوا ينزلون غبقة، ويأتون المدينة كثيرًا.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

(٤) أخرجه البخاري (٢١١٠) ومسلم (١٥٣٢).

قال: «**المسلمُ أخو المسلمِ، لا يحلُّ لمُسْلِم باع من أخيه بيعًا يعلمُ فيه عيبًا إلَّا بيَّنهُ له**»(١)، وأيضًا روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**لا تصرُّوا الإبلَ والغنمَ للبيعِ**»(٢)، وروي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**من غشَّنا فليس منا**»(٣)، وهذا كله يدل علىٰ أن البيان واجب.

فإذا ثبت هذا، فإن اشترىٰ رجلٌ من رجل شيئًا فوجد به عيبًا كان المشتري بالخيار، إن شاء رضي به، وإن شاء رده بالعيب واسترجع الثمن.

والدليلُ علىٰ ذلك قوله ﷺ: «**لا تصرُّوا الإبلَ والغنمَ للبيعِ، فمَنِ ابْتَاعَهَا بعد ذلك، فهو بخيرِ النَّظرينِ بعد أن يحلِبَهَا، إنْ رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها**»(٤)، وروىٰ أبو بكر النيسابوري فِي «الزيادات»: «**من اشترى مُصَرَّاة، فهو بالخيار ثلاثة أيام**»(٥) فجعل للمشتري الخيار مع تدليس البائع بما ليس بعيب، فكان التدليس بالعيب أولىٰ.

فإذا ثبت هذا، واختار فسخ البيع ورد المبيع نُظِر، فإن لم يكن حصل من جهة المبيع نماء رده واسترجع الثمن، وإن كان حصل نماء وفائدة، فلا يخلو من أن يكون كسبًا من جهته، أو نتاجًا وثمرة.

فإن كان كسبًا، مثل أن يكسب بعمله وتجارته أو يوهب له شيء، أو يصطاد، أو يحتطب، أو يحتش، فإنه يرد العبد ولا يرد الكسب قولًا واحدًا، ولا خلاف فيه(٦).

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٤٦).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٥٠).

(٣) أخرجه مسلم (١٠١).

(٤) أخرجه البخاري (٢١٥٠).

(٥) الزيادات علىٰ كتاب المزني (٢٦٠).

(٦) نقله كفاية النبيه (٩/ ٢٢٥) عن المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

والأصلُ فِي ذلك ما روىٰ الشافعي[١] بإسناده، عن مَخْلَدِ بْنِ خُفَافِ: أنه ابتاع غلامًا فاستغله، ثم أصاب به عيبًا، فقضىٰ له عمر بن عبد العزيز برده وغلته، فأخبر عروةُ عمرَ عن عائشة رضي الله عنها: أن النبيَّ ﷺ قضىٰ فِي مثل هذا أن الخراج بالضمان، فرد عمرُ قضاءه وقضىٰ لمخْلَدِ بن خُفَاف برد الخراج[٢].

فإذا ثبت هذا، وأن الخراج أسٌّ للغلة والفائدة التي تحصلُ من جهة المبيع، ويقال للعبد الذي ضُرِب عليه مقدار من الكسب فِي كل يوم أو كل شهر: عبد مخارج.

وقولُنا «الخراج بالضمان» معناه: أن الخراج لمن يكونُ المالُ يتلف من ملكه، فلما كان المبيعُ يتلف من ملك المشتري؛ لأن الضمان انتقل إليه بالقبض، كان الخراج له.

ولا يدخل علىٰ هذا ضمانُ المغصوب علىٰ الغاصب؛ لأنه ليس له، وإنما هو ملكٌ للمغصوب منه، [مضمونٌ علىٰ الغاصب.

والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونًا علىٰ المالك، وهو أن يكون تلفه من ماله، فإذا كان تلفه من ماله كان خراجه له، ووِزانُه أن يكون خراج

---

(١) مسند الشافعي (١٣٧٧).

(٢) قال ابن أبي حاتم في شأن مخلد: لم يرو عنه غير ابن أبي ذئب، وليس هذا إسنادًا تقوم بمثله الحجة - قال النووي: يعنىٰ الحديث المروي عن مخلد، عن عروة، عن عائشة، عن النبي ﷺ أن الخراج بالضمان - غير أني أقول به؛ لأنه أصلح من أراء الرجال.. تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٨٦).

ونقل السبكي في تكملة المجموع (١٢/ ١٩٨- ١٩٩) كلام بعض المحدثين في تضعيف مخلد وحديثه، وكلام بعضهم في قبوله والعمل به، ثم قال: وإذا وقفت علىٰ كلام هؤلاء الأئمة رضي الله عنهم قضيت بالصحة علىٰ الحديث، كرواية المقدمي، لاسيما وقد صرح البخاري بانتفاء التدليس عنها وإن كانت غريبة، وقضاء عمر بن عبد العزيز بهذا كان في زمن إمرته علىٰ المدينة، قال الترمذي: والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم.

المغصوب للمغصوب منه][1]، لأن ملكه وتلفه من ماله، فكذلك هاهنا[2].

وأما ما نقله المزني إلىٰ «المختصر» وقضىٰ لمَخْلد بن خُفَاف برد الخراج، فإن مِن أصحابِنا مَن قال: هذا غلط من الكاتب، وإنما هو بأخذ الخراج[3]؛ لأن مَخْلد بن خُفاف هو المشتري والخراج له، ومنهُم مَن صوَّبه وقال: معناه قضىٰ لمَخْلد بن خُفَاف برد الخراج عليه، فإنه كان قد قضىٰ علىٰ مخلد بدفعه إلىٰ البائع، ثم أمر برده عليه ونَقَض حُكْمَه، وهذا هو الصحيح، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

هذا فِي الكسب، فأما فِي النتاج والثمرة فإنهما للمشتري، وقال مالك: الولد يرد مع الأم، ولا ترد الثمرة مع الأصول، وقال أبو حنيفة: يسقط الأصل بالعيب.

فأما مالكٌ فإنه احتج بأن الولد يشبه الأم فِي الخِلقة، والثمرة لا تشبهها، فإن حكم الولد حكم الأم.

وهذا غيرُ صحيح لما روت عائشة رَضِوَاللَّهُعَنهَا أن النبيَّ ﷺ قضىٰ أن الخراج بالضمان[4]، ولم يفرق بين الكسب، والولد، والثمرة، فهو علىٰ عمومه[5].

وأيضًا فإنه نماءٌ منفصلٌ حدث فِي ملك المشتري، فوجب أن يكون

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٢) نقله السبكي في تكملة المجموع (١٢/ ١٩٩) عن المصنف رَحِمَهُٱللَّهُ.

(٣) أي: وقضىٰ له بالخراج، وهذا حكاه القاضي أبو حامد كما نقله العمراني في البيان (٥/ ٢٠١).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذي (١٢٨٥) عن عائشة رَضِوَاللَّهُعَنهَا وقال أبو داود: هذا إسناد ليس بذاك.

(٥) نقله كفاية النبيه (٩/ ٢٢٥) عن المصنف، وفيه بحث، فلينظر.

للمشتري، ولا يجب ردُّه مع الأصل، أصله: الثمرة.

وأيضًا فإن الثمرة جزء من الأصل، والولدُ مخلوقٌ من ماء الفحل، وليس بجزء من الأنثىٰ، وإنما هو مودع فيها، فلم يجب رد الثمرة، فلأن لا يجب رد الولد مع الأم أولىٰ.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أن الولد يشبه الأم، فهو أنه وإن كان مشبهها فإن البيع تناول الأم دونه، وإذا لم يتناوله البيع لم يتبعها فِي أحكام البيع، ألا ترىٰ أنه إذا باع الأم والولد منفصل فإنه لا يتبعها فِي البيع؛ لأن البيع لم يتناوله، فكذلك هاهنا، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

وأما أبو حنيفة فقد احتج بأن الولد والثمرة لا يجوزُ ردُّهما بالعيب مع الأصل؛ لأن البيع لم يتناولهما، ولا يجوزُ رد الأصل وتبقية الولد والنتاج علىٰ ملكه؛ لأن ذاك موجب بالبيع وإن لم يتناولهما ولم ينعقد عليهما، فإذا كان كذلك، لم يجز الرد أصلًا؛ لأنه لا سبيل إلىٰ رد النتاج والثمرة، ولا سبيل إلىٰ رد الأصل دون الثمرة والنتاج.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه أنه نماءٌ حادثٌ علىٰ ملك المشتري، فوجب أن لا يمنع من رد المبيع بالعيب، أصله: إذا حدث فِي يد البائع.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أنه يرد النماء مع الأصل، وليس كذلك فِي الفرع، فإنه لا يرد النماء؛ فلذلك لا يرد الأصل.

والجوابُ: أنه لا فرق بينهما عندنا، ولا يرد النماء فيهما، وإنما يرد الأصل وحده، فسقط السؤال.

فإن قيل: إذا حدث النماء قبل القبض، فقد دخل فِي حق التسليم، وهو من حقوق العقد، فصار بمنزلة المعقود عليه، وصار بمنزلة الأصل فيه، وليس كذلك إذا حدث بعد القبض، فإنه لم يدخل فِي التسليم.

فالجوابُ: أنه لم يدخل فِي حق التسليم المستحق بالبيع، وإنما يجب تسليمه إليه بحق المال، فسقط السؤال.

وأيضًا فإنه نماءٌ لو وجد قبل القبض لم يمنع الرد، فكذلك إذا وُجد بعده، أصله: الكسب.

وأيضًا فإنه عقد لا يمنع وجود الكسب من فسخه، فكذلك وجود النتاج والثمرة لا يمنع من فسخه، أصله: الرجوع فِي الهبة.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أن فسخ البيع وتبقية موجبه على ملك المشتري لا يجوز، فهو أن النتاج والثمرة غير موجب بالبيع، وإنما يستحقهما المشتري؛ لأن ذلك نماء ملكه، وليس للبيع فِي ملكهما تأثير بوجه.

فإن قيل: الدليل علىٰ أن ذلك موجب بالبيع أن من غصب من رجل جاريةً وباعها من رجل، والمشتري لا يعلم بأنها مغصوبة، فأحبلها، وولدت منه، ثم إن المغصوب منه استحق الجارية من يد المشتري، واسترجعها منه، ورجع عليه بقيمة الولد؛ لأنه حرٌّ بالشبهة، فإذا غرم المشتري قيمة الولد رجع بها علىٰ الغاصب، فإنما يرجع بها علىٰ الغاصب؛ لأنه موجب بالبيع.

فالجوابُ: أن المشتري يرجع بقيمة الولد علىٰ الغاصب؛ لأنه دخل فِي البيع علىٰ أن يكون الولدُ الحادثُ فِي ملكه غير مضمون عليه، فإذا غره فيه رجع عليه، ويدل عليه أنه لو دلَّس عليه أمةً بحرة كان عليه قيمة الولد، يرجع بها علىٰ الغارِّ، ولا يكون الولد موجبًا بعقد النكاح، ويدل عليه أنها لو كسبت وأتلفه المشتري رجع صاحبها علىٰ المشتري بقيمته، ورجع هو علىٰ

الغاصب، وقد أجمعنا علىٰ أن الكسب ليس بموجب للبيع، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

هذا إذا لم تنقص الأم بالولادة، فأما إذا نقصت بالولادة لم يجز ردُّها على البائع ورجع بأرش العيب، وإنما كان كذلك؛ لأنه إذا حدث بالبيع عند المشتري عيب، ووجد عيبًا كان عند البائع، لم يجز له رده؛ لأنه لا يمكنه رده كما أخذه منه من البائع، وإذا تعذر رده كما أخذه، وجب الرجوع بأرش العيب.

وإذا ثبت هذا، فإن الذي ذكرناه إذا اشترىٰ بهيمة حائلًا وولدت، ثم وجد بها عيبًا كان عند البائع، فإن الولد هل يجب رده؟ فيه قولان بناء علىٰ القولين فِي أن الحمل يأخذ قسطًا من الثمن أم لا؟

فإذا قلنا يأخذ قسطًا من الثمن وهو مبيعٌ مع الأم فيردهما جميعًا، وإذا قلنا لا يأخذ قسطًا من الثمن، فإنه لا يجب رده، ويرد الأم دونه، ويكون علىٰ هذا القول بمنزلة ما لو اشتراها حاملًا ثم ولدت عنده، ويكون الاعتبار بحال الوضع، [فإذا وضعت فِي ملك المشتري كان له، ولا يجب رده مع الأم][1].

فَرع

إذا اشترىٰ جاريةً حاملًا، فولدت فِي ملك المشتري عبدًا مملوكًا، ثم وجد بالأم عيبًا فهل يجوز له رد الأم؟ اختلف أصحابُنا فيه، فمنهُم مَن قال: يرد الأم دون الولد كما ذكرنا فِي البهيمة، ولا فرق بينهما، ومنهُم مَن قال: لا يرد الأم، ويرجع بأرش العيب؛ لأنه لا يجوزُ أن يفرق بين الأم والولد فيما

---

(١) ليس في (ق).

دون سبع سنين، والأول أصح وأشهر فِي المذهب.

وأما التفرقةُ بين الأم والولد فإنها تجوز فِي حال الضرورة، ولهذا قال الشافعيُّ: إن الجارية المرهونة إذا حملت لم تبع ما دامت حاملًا، فإذا ولدت بيعت دون ولدها، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَتْ أَمَةً ثَيِّبًا فَوَطِئَهَا، فَالْوَطْءُ أَقَلُّ مِنَ الْخِدْمَةِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ جارية ثيبًا فوطئها، ثم علم بعد الوطء أنه كان بها عيبٌ، كان له ردها، ولا يجبُ عليه مهرُها، وبه قال مالك، وعثمان البَتِّي، وأبو ثور.

وقال أبو حنيفة وسفيان الثوري: لا يجوزُ له ردُّها، ويرجعُ بأرش العيب. وروي ذلك عن علي[2].

وقال ابنُ أبي ليلىٰ[3]: يردها، ويرد معها مهر مثلها[4]، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب.

واحتج من نصر قول أبي حنيفة بأن المروي عن الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ قولان؛ أحدهما: لا يرد بالعيب، والثاني: يردها، ويرد معها مهر مثلها.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

(٢) يوهم إطلاقه أنه علي بن أبي طالب، وإنما هو علي بن الحسين كما في الأوسط (٨٠٩١) عن علي بن حسين أنه سئل عن الرجل يشتري الجارية فيطأها، ثم يجد فيها عيبًا قال: تلزمه ويرد عليه قيمة العيب.

(٣) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ الفقيه المقرئ، كان من أصحاب الرأي.

(٤) الأوسط (١٠/ ٢٥١).

وقولُ الشافعي خارجٌ عن القولين، فلا يجوزُ إحداث قول ثالث، كما إذا أجمعوا علىٰ قول واحد لا يجوزُ إحداث قول ثانٍ.

ومن القياس: أنه وطءٌ من المشتري الجارية المشتراة، فوجب أن يسقط الرد، أصله: إذا وطئها وهي بكر فافتضها، وعبَّر عنه بأنه وطءٌ يستقر به المهر المسمىٰ فِي النكاح، فوجب أن يمنع من الرد بالعيب، أصله: إذا وطئها وهي بكر، وأيضًا فإنه معنىٰ يبطل خيار الشرط، فوجب أن يبطل خيار العيب، أصله: البيع.

وأيضًا، فإن الوطء يجري مجرىٰ الجناية، يدلُّ علىٰ ذلك أنه لا يجري فيه الإباحة، ولا يخلو فِي ملك الغير من مال أو عقوبة، فإذا ثبت هذا وكانت الجناية تمنع من الرد بالعيب فكذلك الوطء.

وأيضًا، فإن الرد بالعيب رفعٌ للعقد من أصله، فلو ردها لكان الوطء حاصلًا فِي ملك البائع، وهذا لا يجوز؛ لأن الوطء فِي ملك الغير لا يخلو من المهر، ولا يجوزُ أن يوجب عليه رد المهر، ولا يجوزُ أن يرد الجارية من غير مهر، فوجب أن يبطل الرد.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه: أن وطء الثيب معنىٰ لا ينقص من عينها ولا من قيمتها، ولا يمنع التصرف فيها، ولا يتضمن الرضا بعيبها، فوجب أن لا يمنع ردها، أصله: الخدمة.

وقولُنا: (لا ينقص من عينها) احترازٌ من قطع الطرف، (ومن قيمتها) احترازٌ من حدوث عيب فِي يد المشتري، فإنه يمنع الرد لأنه ينقص من قيمتها.

وقولُنا: (ولا يتضمن الرضا بعيبها) احترازٌ من وطئها بعد العلم بعيبها، فإن ذلك يسقط الرد وغير ذلك مما يوجب الرضا بالعيب، ثم السكوت عن

ردها مع القدرة عليه وما أشبه ذلك.

وأيضًا، فإن الشافعي ذكر من هذا الأصل استدلالًا، وهو أن الخدمة تُتْعب وتُكد، والوطء يُمْتع ويُلذ، فإذا كانت الخدمة لا تمنع من الرد، فالوطءُ أولىٰ أن لا يمنع.

وأيضًا فإنه وطءٌ لا ينقص من الموطوءة، ولا يتضمن الرضا بالعيب، فوجب أن لا يمنع من الرد، أصله: وطء الزوج.

فإن قيل: وطءُ الزوج مستحقٌّ بسبب كان من جهة البائع، فيصير كأنه قد رضي به، فلهذا لا يمنع من ردها عليه.

فالجوابُ عنه من وجهين:

أحدهما: أن وطء المشتري بتمليك من جهة البائع وتسليط منه عليه فوجب أن يكون وطئها برضا البائع، ولا يمنع من ردها.

والثاني: أن هذا يبطل بوطء الزوج إذا كانت الجارية بكرًا؛ لأنه يمنع ردها، وإذا كان وطء البكر لا يمنع من الرد لأن البائع قد رضي به، وجب أن لا يمنع وطء الثيب لهذه العلة.

وقال بعضُ أهل خراسان: إنه لممٌ من غير ألم، فوجب أن لا يمنع من الرد، أصله: ما دون الوطء من الاستمتاع.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من قول الصحابة، فهو أن الشافعيَّ قال فِي «اختلاف الأحاديث»[1]: لا يثبت عن أحد من الصحابة فِي ذلك شيء، وذكر أبو بكر بن المنذر هذه المسألة فِي كتابه[2]، ولم يحك عن عمر بن الخطاب

---

(١) اختلاف الحديث مع الأم (٨/ ٦٦٧).

(٢) الأوسط (١٠/ ٢٥٠) باب ذكر الجارية المشتراة توطأ، ثم يجد بها عيبًا.

شيئًا، وقد استقصىٰ فِي حكاية المذاهب فيه، وحكي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[١] أنه قال: لا ترد؛ فإذا لم يثبت ما قالوه من قول الصحابة [لم يصح][٢] الاحتجاج به، وعلىٰ أن أبا علي الطبري قال: روي مثل مذهبنا عن زيد بن ثابت، وحكىٰ لنا ذلك أبو الحسن الماسرجسي[٣]، وإذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع إلىٰ القياس.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على وطء البكر فمن وجوه:

أحدها: أنه لا تأثير لقولكم وطء فِي البكر؛ لأن ذهاب البكارة بالوثبة والطفرة والإصبع يمنع من الرد كما يمنع ذهابها بالوطء.

ولا تأثير لقوله «من المشتري»؛ لأن وطء الزوج والمشتري فيه سواء، ولأنه منتقضٌ بالمشتري إذا غصب الجارية من البائع فوطئها، ثم استرجعها البائع وردها إلىٰ يده حتىٰ يوفيه الثمن، فلما وفاه الثمن وسلمها إليه، وجد بها عيبًا، كان له أن يردها بالعيب، وقد وجد من جهته الوطء، فانتقض ما قالوه، ولأن المعنىٰ فِي الأصل أن وطئها نقص عينها وقيمتها.

وأما الجوابُ عن قولِهم إنه يبطل خيار الشرط، فوجب أن يبطل خيار العيب، أصله: البيع، فهو أنه وطئها هناك مع علمه بالخيار، فكان اختيارًا للبيع وإمضاء له، فوِزانُه أن يعلم بالعيب ثم يطأها، فيكون اختيارًا للبيع وإسقاطًا للخيار فلم يكن بين المسألتين فرق؛ وعلىٰ أن المعنىٰ فِي [البيع أنه][٤] يزيل ملكه، ويمنع تصرفه فيها.

---

(١) يعني علي بن الحسين كما في الأوسط (٨٠٩١)، وقد تقدم التنبيه عليه قبل قليل.

(٢) ليس في (ق).

(٣) أبو الحسن محمد بن علي بن سهل بن مصلح، الماسرجسي، أحد أئمة الشافعيين بخراسان، وأعرفهم بالمذهب وترتيبه وفروع المسائل.

(٤) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن الوطء بمنزلة الجناية، [فهو أنَّا لا نسلِّم أنه بمنزلة الجناية ولا نقول به، ويدل علىٰ أنه ليس بمنزلة الجناية][1]، أن الزوج لو جنىٰ عليها لم يجز للمشتري ردها، ولو وطئها كان له ردها، ولأن الجناية تنقصها وهذا الوطء يزيدها ولا ينقصها، فكيف يكون بمنزلة الجناية!

وأما قولهم أنه لا يجري فيه الإباحة، فإنه ينتقض بما دون الوطء.

وأما قولهم أنه لا يخلو من مال أو عقوبة، فالجوابُ عنه: أن الجناية قد تخلو من المال والقَوَدِ، وهو إذا قال رجل لرجل «اقطع يدي» فقطعها، لم يجب علىٰ القاطع قوَد ولا دية.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن الرد بالعيب فسخٌ للعقد من أصله، فهو أنَّا لا نقول بهذا، بل هو فسخ للعقد من حين الرد، والدليلُ علىٰ ذلك أن المشتري[2] لا يلزمه رد العلة، ولو كان فسخًا للعقد من أصله لوجب أن تكون العلة للبائع؛ لأنها تكون حاصلة فِي ملكه، ويدل عليه أن المشتري إذا رد الشِّقص بالعيب كان للشفيع مطالبته بالشفعة، ولو كان ذلك فسخًا للعقد من أصله لوجب أن تبطل الشفعة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا فَافْتَضَّهَا، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا نَاقِصَةً، كَمَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَنْ يَقْبَلَهَا نَاقِصَةً، وَيَرْجِعُ بِمَا بَيْنَ قِيمَتِهَا مَعِيبَةً وَصَحِيحَةً مِنْ الثَّمَنِ)[3].

---

(١) ليس في (ق).

(٢) في (ق): «الرد».

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ رجلٌ أمة بكرًا، فوطئها ثم وجد بها عيبًا، لم يكن له أن يردها، وإنما كان كذلك؛ لأنه لما افتضها نقَصَ من عينِها جزءٌ له قيمة فمنع الرد، أصله: إذا خصا العبدَ ثم أراد ردَّه، وإن كانت لها أصبع زائدة فقطعها المشتري وجب أن يمنع من ردها عندي، وإن زادت قيمته كالخصاء.

وأما نقصان القيمة، فلأن نقصان قيمة المبيع يرجع إلىٰ عينه فمنع من الرد، كما إذا حدث فِي يده عيب بها، فإنه لا يجوزُ له ردها لنقصان قيمتها بمعنىٰ يرجع إلىٰ عينها، فكذلك هاهنا، ولا يدخل علىٰ هذا إذا نقصت قيمته لرخص السعر وكثرة الجلب؛ لأن النقصان هاهنا ليس هو لمعنىٰ يرجع إلىٰ عينها.

وإذا ثبت هذا رجع بأرش العيب، وطريق ذلك أن تقوَّم الجارية بكرًا صحيحة، فإذا كانت ألفًا قوِّمت بكرًا معيبة، فإذا قيل تسعمائة؛ فقد علمنا أنه نقص عشر قيمتها، فيرجع بعشر ثمنها.

وإنما قلنا إنه يرجع بعُشر الثمن؛ لأن الأرش بدلُ جزء اقتضاه عقد البيع ولم يسلمه البائع، ولو فاته تسليم الجميع لرجع بالثمن، فإذا فاته تسليم جزء منه وجب الرجوع بقسطه من الثمن، ولأنا لو قلنا إنه يرجع بما نقص من القيمة دون الثمن، لأدىٰ ذلك إلىٰ أن يجتمع للمشتري الثمن والمثمن جميعًا، وهو إذا اشترىٰ رجلٌ من رجل جارية تساوي ألفي درهم بألف درهم، ووجد بها عيبًا ينقص نصف قيمتها وهو ألف درهم، وحدث عنده عيب آخر يمنع من ردها، فإنه لو رجع بما نقص العيب من القيمة لوجب أن يرجعَ بألف درهم، فيحصلُ عنده الثمنُ - وهو ألف درهم - والمثمن، وهذا لا يجوز.

ويخالفُ هذا إذا غصب جاريةً فافتضَّها، فإنه يلزمُه ما نقص من قيمتها؛ لأنه يؤدي إلىٰ اجتماع البدل والمبدل، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

إذا وجد المشتري عيبًا حدث فِي يد البائع بعد البيع، كان الخيار فِي الرد والإمساك، كما إذا كان العيب موجودًا حال البيع، وإنما كان كذلك؛ لأن المبيع مضمونٌ علىٰ البائع قبل التسليم، ألا ترىٰ أنه إذا تلف لزمه رد الثمن، فإذا كان كذلك ثبت الخيار للمشتري بحدوث العيب فيه.

فإذا ثبت أن المشتري بالخيار بين الرد والإمساك، فإن فسخ البيع ورده استرجع الثمن فقد استوفىٰ حقه، وإن أمسكه ورضي بعيبه فقد لزمه البيع وشرط خياره؛ لأن الخيار حق له، فإذا رضي بإسقاطه سقط، كما إذا كان له دين فأسقطه، وإن قال المشتري «أنا أجيز البيع مع أرش العيب» لم يُجبر البائع علىٰ بدل الأرش، وإنما كان كذلك لأنه استحق فسخ البيع، فلم يكن له أخذ الأرش، لأنه لا يجمع بين الحقين، ألا ترىٰ أنه إذا حدث فِي يده عيب لما جعل له الأرش لم يجعل له الفسخ.

وإن تراضىٰ البائعُ والمشتري علىٰ الأرش فهل يجوز؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: يجوز، وهو اختيار أبي العباس بن سريج، **والثاني**: لا يجوز، وهو ظاهر مذهب الشافعي.

فإذا قلنا يجوز، فوجهه أن هذا الخيار سقط إلىٰ مال، وهو إذا حدث عنده عيبٌ وتعذر ردُّه لأجله، وما يسقط إلىٰ مال جاز التراضي علىٰ إسقاطه بمال، أصله: القصاص، وإذا قلنا لا يجوز، فوجهه أنه خيارٌ جعل لفسخ البيع، فلا يجوزُ التراضي علىٰ إسقاطه بمال، أصله: خيار المجلس وخيار الشرط.

ويخالف القصاص؛ لأن للولي أن يعفو عن القصاص علىٰ مال من غير

رضىٰ القاتل، ولا يجوزُ هاهنا أن يعفو عن الرد علىٰ الأرش من غير رضىٰ البائع، فدل علىٰ الفرق بينهما.

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا يصح؛ سقط الخيار وثبت الأرش علىٰ البائع، وإذا قلنا لا يصِحُّ؛ لم يثبت الأرش، وإن كان أخذه وجب أن يرده لأنه لا يستحقه، وهل يسقط الخيار فِي الرد؟ وجهان؛ **أحدهما**: يسقط؛ لأنه رضي بتركه وإسقاطه، **والوجه الثاني**: لا يسقط، وهو الصحيح؛ لأنه إنما رضي بإسقاطه ببدل، فإذا لم يسلم له بدله كان له الرجوع إلىٰ حقه، كما إذا باع مالًا بثمن فلم يسلم إليه الثمن، كان له أن يرجع إلىٰ المثمن، فكذلك هاهنا.

فرع

إذا عفا الشفيع عن الشفعة بعوض شرطه علىٰ المشتري، لم يملك العوض قولًا واحدًا، وإن قبضه رده، وهل يسقط حقه من الشفعة؟ وجهان؛ **أحدهما**: يسقط لأنه عفا عن حقه وأسقطه، **والثاني**: لا يجوزُ لأنه إنما أسقط حقه بشرط أن يسلم له العوض، فإذا لم يسلم له عوضه رجع إلىٰ حقه.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: (وَلَوْ أَصَابَ الْمُشْتَرِيَانِ صَفْقَةً وَاحِدَةً مِنْ رَجُلٍ بِجَارِيَةٍ عَيْبًا، فَأَرَادَ أَحَدُهُمَا الرَّدَّ وَالْآخَرُ الْإِمْسَاكَ فَذَلِكَ لَهُمَا؛ لِأَنَّ مَوْجُودًا فِي شِرَاءِ الِاثْنَيْنِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرٍ لِلنِّصْفِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ رجلان من رجل عبدًا أو جارية وقبضاها، ثم وجدا بها عيبًا، كان لهما أن يرداها بالعيب، وإن أراد أحدهما أن يرد نصيبه

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

وأراد الآخر أن يمسك نصيبه، كان لمن أراد الرد أن يرد نصيبه، وقال أبو حنيفة: لا يجوزُ له[١].

واحتج من نصر قوله بأن العبد[٢] خرج من ملكه صفقة واحدة، فلا يجوزُ رد بعضه عليه، كما إذا كان المشتري واحدًا فأراد أن يرد بصفقة لم يكن له.

وأيضًا، فإن الشركة عيب، وقد خرج عن ملكه غير مشترك، فلا يجوزُ رده معيبًا بالشركة.

وأيضًا فإن أحدهما إذا أحضر نصف الثمن لم يجبر البائع علىٰ تسليم نصف العبد؛ لأنه يؤدي إلىٰ التبعيض عليه.

وأيضًا، فإنه إذا قال لهما «بعتُكما هذا العبد بألف درهم» فقال أحدهما: «قبلت نصفه بخمسمائة درهم»، لم يجز؛ لأنه يؤدي إلىٰ تبعيض الصفقة عليه، فكذلك رد النصف عليه بتبعيض الصفقة يجب أن لا يجوز.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه أن النصف جميع ما ملكه بالبيع، فجاز له أن ينفرد برده، أصله: إذا اشتراه صفقة منفردة ممن اشترىٰ صاحبه النصف الباقي صفقة أخرىٰ، ثم وجدا به عيبًا، كان له أن يرد النصف الذي هو حقُّه.

وأيضًا فإن ذلك بيع فِي أحد طرفيه عاقدان، فوجب أن يكون بمنزلة الصفقتين فِي الرد بالعيب، أصله: إذا كان البائع اثنين والمشتري واحدًا.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس، فهو أنَّا لا نسلِّم أنه خرج من ملكه صفقة واحدة لو خرج مجتمعًا؛ لأنه إنما خرج من ملكه متفرقًا، لأنه إذا قال «بعتُكما هذا العبد بألف درهم» فقد فرق ملكه وبعضه، وملك أحدهما

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٥٠) ونهاية المطلب (٥/ ٢٢٠).

(٢) في (ق): «الغرر»، وهو تحريف.

نصفه بنصف الثمن، وملك الآخر النصف الآخر بنصف الثمن، وخرجا من ملكه متفرقًا إلىٰ جهتين مختلفتين، وسقط ما قاله المخالف، وهذا موضع خفِي عليه.

فإن قيل: هو إيجابٌ واحدٌ، ولا يجوزُ أن يكون الإيجابُ الواحد بصفقتين، **فالجوابُ**: أن الإيجاب وإن كان واحدًا فإنه بمنزلة الإيجابين، لأن قوله «بعتُكما» تقديره: بعتُ منك وبعتُ منك؛ وجُعلت التثنية بدلًا من تكرير اللفظ علىٰ طريق الاختصار، فإذا كان كذلك بطل ما قالوه؛ ولأنه منتقضٌ بمن اشترىٰ عبدين فوجد بأحدهما عيبًا فإن أبا حنيفة قال: له أن يرد أحدهما دون الآخر، وهذا تبعيض الصفقة عليه، وعلىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل أن الصفقة لا تتفرق فِي أحد طرفيها؛ وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإن الصفقة تفرقت فِي أحد طرفيها، فكانت بمنزلة البائعين.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من عيب الشركة، فهو أن البائع هو الذي شَرَّك بينهما وملَّك كلَّ واحدٍ منهما نصفه مشاعًا، فلم يجز أن يمتنع من قبوله، ولم يكن هذا العيب حادثًا فِي يد المشتري، فسقط ما قالوه.

وأما الجوابُ عما احتجُّوا به من تسليم أحدهما نصف الثمن، فهو أن عندنا يُجبر البائع علىٰ تسليم نصيبه، لأنه بمنزلة الصفقتين، فسقط الاحتجاج به.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن أحدهما إذا قبل نصفه بنصف الثمن لم يجز، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك؛ لأن عندنا أنه يجوز، ويلزمه المنع فِي حقه، سواء قبل صاحبه أو رده.

فإن قيل: الدليل علىٰ أن ذلك لا يجوز، أنه لو قال رجلٌ لرجلين «بعتُكما هذين العبدين بألف درهم»، فقبل أحدُهما أحدَ العبدين بخمسمائة، لم يجز.

فالجوابُ: أن بين المسألتين فرقًا ظاهرًا؛ لأنه إذا قال لهما «بعتُكما هذين العبدين بألف درهم»، فإنه إنما أوجب لكلِّ واحدٍ منهما نصفَ كلِّ واحدٍ من العبدين، فإذا قبل أحدَ العبدين فقد قبل ما لم يوجبه له، وقبل بثمن لا يقتضيه إيجابه؛ لأن الثمن ينقسم علىٰ قدر قيمة العبدين، ولا يقابل نصف الثمن أحدهما، وليس كذلك إذا كان عبدًا واحدًا فإنه أوجب لكلِّ واحدٍ منهما نصفَه بنصف الثمن، فإذا قبل نصفه بنصف الثمن، فقد قبل ما أوجبه له بالثمن الذي اقتضاه إيجابه، ووِزانُه أن يقول «قبلتُ نصف كلِّ واحدٍ منهما بنصف الثمن» يجوز لهذه العلة، والله الموفق للصواب.

فرع

إذا وكَّل رجلان رجلًا فِي شراء عبد فاشتراه من رجل نُظِر، فإن تبين للبائع أنه يشتريه لموكليه فإن الشراء يقع لهما والملك ينتقل إليهما، ويكون بمنزلة الصفقتين، ويجوز لأحدهما رد نصيبه، وإن لم يكن ذلك واشتراه منه مطلقًا ثم وجد به عيبًا وأراد رد نصفه لم يكن له، لأن الظاهر أن الشراء وقع له صفقة واحدة، فلا يقبل قوله بعد البيع أنه اشتراه لهما.

• فَصْلٌ •

قد ذكرتُ فيما مضى فروعًا فِي خلال الكلام مع المخالف، وأنا أعيدُها هاهنا وأزيدُها وضوحًا، إن شاء الله.

إذا باع رجلٌ من رجلين عبدًا بألف درهم، فقبل أحدُهما نصفَ العبد بخمسمائة، فقد قلنا إن ذلك جائز لأنهما صفقتان، وقد قبل صفقته علىٰ حسب ما أوجبه له البائع بالثمن الذي اقتضاه الإيجاب، فإن قوله «بعتُكما هذا العبد بألف درهم» تقديره: بعتُ منك نصفه بخمسمائة، وبعتُ من الآخر نصفه بخمسمائة.

فرع

إذا قال رجلٌ لرجلين «بعتُكما هذين العبدين بألف درهم»، فقبل أحدُهما أحدَ العبدين بنصف الثمن - وهو خمسمائة درهم - لم يصح؛ لأنه قبل ما لم يوجب له، فإن البائع أوجب لكلِّ واحدٍ منهما نصف العبد، فيكون الموجب لكلِّ واحدٍ منهما نصف العبدين بخمسمائة، وإذا قبل أحد العبدين بخمسمائة فقد قبل ما لم يوجب له بالثمن الذي لم يوجب له، لأن الثمن مقسومٌ علىٰ قدر القيمتين، وليس بمقسوم علىٰ عددهما.

فإن قال أحدهما «قبلتُ نصفي العبدين بخمسمائة» صح؛ لأنه قد قبل ما أوجبه البائع من الصفقة بالثمن الذي أوجبه.

وإن قال «قبلتُ نصف أحد هذين العبدين بحصته من الثمن» لم يصح؛ لأن حصته مجهولة، ولأنه قبل بعض الصفقة، لأنه أوجب له نصفي العبدين فلا يجوزُ أن يبعضه فِي القبول، ويخالف هذا إذا قال لرجل «بعتُك هذين العبدين بألف درهم»، فقال «قبلتُ البيع»، صح أن حصة ما يقابل كلَّ واحدٍ من العبدين من الألف، لأن ذلك صفقة واحدة والثمن فِي الجملة معلوم فكان جائزًا.

وليس كذلك إذا باعهما من رجلين، لأن ذلك صفقتان، ويجب أن يكون الثمن معلومًا فِي كلِّ واحدٍ منهما، والثمنُ فِي كلِّ واحدٍ منهما ما قابل قيمته من الألف، وقد تختلف قيمتهما، فيكون ما قابل قيمةَ كلِّ واحدٍ منهما فِي حال العقد مجهولًا، وإذا كان الثمن فِي كلِّ واحدةٍ من الصفقتين مجهولًا لم يصح.

ويخالفُ هذا إذا قال رجل لرجلين «بعتُكما هذا العبد بألف»، فقبل أحدُهما بخمسمائة، فإنه يصح لأن كلَّ نصفٍ يقابل خمسمائة، لأنه لا يجوزُ

أن تختلف قيمة نصفي العبد، فكان ما يقابل كلَّ واحد من النصفين[١] من الألف معلومًا.

وأما إذا قال «بعتُكما هذين العبدين هذا العبد منك بخمسمائة، وهذا العبد الآخر منك بخمسمائة» صح؛ لأنه قد جعل لكلِّ واحدٍ منهما ثمنًا معلومًا، وإنما يفسخ الثمن علىٰ قدر القيمتين إذا كان الثمن مطلقًا، فأما إذا قدره البائع انعقد البيع به.

فرع

إذا قال رجلٌ لرجل «بعتُك هذين العبدين بألف درهم»، فقال «قبلتُ أحدهما بخمسمائة»، أو قال «قبلتُ نصفي هذين العبدين بخمسمائة»، لم يصح؛ لأنه قبل بعض الصفقة، ولا يجوزُ أن تُبعض الصفقة علىٰ البائع.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلَوْ اشْتَرَاهَا جَعْدَةً فَوَجَدَهَا سَبْطَةً فَلَهُ الرَّدُّ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ جارية، فإن البيع لا يَصِحُّ حتىٰ ينظر إلىٰ شعرها؛ لأن الشعر مقصود، ويختلف الثمن باختلافه من البياض والسواد والشقرة والجعودة والسبوطة، فإذا نظر المشتري إلىٰ شعرها فوجده جعدًا فاشتراها، فلما كان بعد أيام صار سَبْطًا، وتبين أن البائع دلَّس فيه وكان قد جعَّده بصنعة، فإذا كان كذلك، كان له الخيار، إن شاء رده وإن شاء رضي به.

وقال أبو حنيفة: لا خيار له؛ لأنه ليس بعيب، والتدليس بما ليس بعيب لا يوجب الخيار.

---

(١) في (ق): «الصفقتين».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

وهذه المسألة مثل مسألة المُصَرَّاة، وقد استقصيتُ الكلام فيها، فأغنىٰ عن الإعادة.

ونكتة ذلك: أنه تدليس يختلف[١] الثمن لأجله، فأثبت الخيار للمشتري، أصله: إذا سوَّد شعرها وكان أبيض، وكذلك إذا بيَّض وجهها بالطلاء وأسمر أو أحمر خدَّيها بالدِّمام - وهو الكَلَّكُون[٢] - ثم اصفر، كان للمشتري الخيار علىٰ ما نبينه[٣].

فرع

إذا أسلم إليه فِي جارية جَعْدة، فسلم إليه سَبْطة، كان له ردُّها؛ لأنها دون ما أسلم إليه، وإن أسلم فِي جارية سَبْطة فسلم إليه جَعْدة، فلا خيار له؛ لأنها خيرٌ من السَّبْطة، ومِن أصحابِنا مَن قال هو بالخيار، لأنه يجوز أن تكون السَّبْطة أحبَّ إليه من الجعْدة، والغرضُ يختلفُ فيه، والأولُ أصح.

فرع

إذا اشترىٰ جاريةً ولم يشترط بكارتَها ولا ثيوبتها، فخرجت بكرًا أو خرجت ثيبًا، لم يكن له الخيار؛ لأنه لم يدلس بما دل علىٰ إحدىٰ صفتيها.

وإن شرط أن تكون بكرًا فخرجت ثيبًا كان له الخيار، وإن شرط أن

---

(١) في (ف، ق): «لا يختلف» وهو غلط ظاهر، وقد ذكر الشيرازي هذه المسألة في المهذب، وذكر ألوان التدليس التي ذكرها المصنف ههنا ثم قال: «ثبت له الرد لأنه تدليس بم يختلف به الثمن، فثبت به الخيار كالتصرية».. ينظر تكملة المجموع شرح المهذب (١٢/ ٩٥).

(٢) بكاف مفتوحة ثم لام مشددة مفتوحة أيضًا ثم كاف ثانية مضمونة ثم واو ساكنة ثم نون، وأصله كلكون - بضم الكاف وسكون اللام - و (الكل) الورد و(الكون) اللون أي لون الورد، وهي لفظة عجمية معربة .. هكذا قال النووي رحمه الله في التهذيب.

(٣) نقله السبكي في تكملة المجموع (١٢/ ٩٨) عن المصنف.

تكون ثيبًا فخرجت بكرًا، لم يكن له الخيار، ومِن أصحابِنا مَن قال له الخيار؛ لأنه يجوز أن يكون اشتراها لنفسه ويكون له غرضٌ فِي ثيوبتها لعجزه عن البكر لكبَر سِنِّه أو ضعف خِلقته، والأول أصح؛ لأن البِكر أكثرُ قيمةً وأعلىٰ، فلم يجز أن يثبت له الخيار مع الفضيلة والكمال، وهي وإن لم تصلح لمولاها تصلح لغيره.

فَرع

إذا اشترىٰ عبدًا مطلقًا، فخرج كافرًا أو مسلمًا، لم يكن له خيار؛ لأنه لم يدلس، وإن شرط أن يكون مسلمًا فخرج كافرًا كان له الخيار؛ لأنه أنقص من المسلم، وإن شرط أن يكون كافرًا فخرج مسلمًا، كان له الخيار، وقال المزني: لا خيار له؛ لأن المسلمَ أفضلُ وأكمل.

وهذا ليس بصحيح؛ لأن قيمة الكافر فِي السوق أكثر، لأنه يجوز بيعه من المسلم والكافر جميعًا، فيكون طلابه أكثر، فإذا شرط الكفر وجب أن يثبت شرطه؛ لأن له غرضًا صحيحًا فِي التجارة.

فَرع

إذا اشترىٰ عبدًا مطلقًا فخرج فحْلًا لم يكن له خيار، وإن خرج خصِيًّا كان له الخيار؛ لأن مطلق العقد يقتضي سلامةَ الأعضاء والأطراف وهذا ناقصُ الطرف، فإن كانت قيمته أكثر من قيمة الفحْل ثبت له الخيار لنقصان طرفه، وإن شرط أن يكون فحْلًا فخرج خصِيًّا ثبت له الخيار، وإن شرط أن يكون خصيًّا فخرج فحْلًا ثبت له الخيار.

فَرع

إذا اشترىٰ جاريةً – أو عبدًا – فوجدها زانية، كان له الخيار، وكذلك إذا

وجده زانيًا كان له الخيار.

وقال أبو حنيفة فِي الجارية له الخيار، وفِي العبد لا خيار، وفرَّق بينهما بأن قال: الجارية[١] يؤدي إلىٰ اختلاط نسبِهِ بنسب غيره؛ لأنها تحبلُ فيؤدي إلىٰ تلفها[٢]، وأما العبدُ[٣] فإنه لا يؤدي إلىٰ شيء من ذلك، فلم يثبت له الخيار.

وهذا عندنا غيرُ صحيح؛ لأن الزنا معصيةٌ فيها حد، فوجب أن تكون عيبًا فِي العبد قياسًا علىٰ السرقة.

فإن قيل: السرقةُ توجب قطع الطرف وذلك يوجب سقوط قيمته.

فالجوابُ: أن الزنا يوجِب الحد، وذلك ينقِص قيمته، ولأنه قد يموت تحت الحد فيؤدي إلىٰ بطلان ثمنه.

فرع

إذا وُجد العبد أبخر[٤] كان له ردُّه، وقال أبو حنيفة: لا يرده ويرد الجارية، وفرق بينهما بأن الجارية يتخذها فراشًا ويتأذىٰ بها، والعبد لا يتأذىٰ به فِي خدمته، وهذا غيرُ صحيح؛ لأنه قد يحتاج إلىٰ سراره فيتأذىٰ به.

فرع

إذا كان العبدُ يبولُ فِي الفراش، فإن كان صغيرًا مثله يبول فِي الفراش فليس بعيبٍ موجبٍ للرد، وإن كان كبيرًا مثله يتحرز منه وكان يبول فِي الفراش كان له الخيار، وكذلك الجارية.

---

(١) يعني زنا الجارية.

(٢) يعني أنها تحبل فتلد وقد تؤدي الولادة لتلفها.

(٣) يعني زنا العبد.

(٤) البخر: رائحة الفم إذا أنتنت، والمرأة بخراء.

وقال أبو حنيفة: له الخيار فِي الجارية ولا خيار له فِي العبد؛ لأن الجارية يتخذها للفراش فيتأذىٰ به وليس كذلك العبد.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأنه يفسد الثياب التي ينام فيها ويحتاج إلىٰ من يغسلها وينظفها، وهذا نقص فيه فأثبت الخيار.

فرع

إذا وجده مخنثًا كان له الخيار، وكذلك إذا كان سارقًا أو آبقًا.

فرع

إذا كان غير مختون وكان صغيرًا فلا خيار له، وإن كان كبيرًا فله الخيار؛ لأن الكبير يخاف عليه من قطعه، وأما الجارية فلا خيار فيها صغيرة أو كبيرة؛ لأنه سليم لا يخاف عليها منه.

فرع

إذا اشترىٰ جارية فوجدها مُغنِّيةً لم يكن له الخيار.

وقال مالك: له الخيار؛ لأن الغناء حرام وذلك نقصٌ فيها، والدليلُ علىٰ تحريمه قولُ الله تعالىٰ: ﴿ وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡتَرِي لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ ﴾ [لقمان: ٦]. قال عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما: إنه الغناء[١].

وهذا غيرُ صحيح؛ لأن ذلك زيادةٌ فِي ثمنها من غير نقصان فِي بدنها، فلم يكن له خيار، كما إذا وجده مزينًا، أو حجامًا، أو حائكًا، أو صانعًا صنعة تزيد فِي ثمنه، وفيه احترازٌ منه إذا كان خصيًّا وقيمته أكبر من قيمة الفحل، فإن له الخيار كذلك هاهنا.

---

(١) تفسير الطبري (١٨/ ٥٣٤- ٥٣٥).

وأما قول مالك إنه حرام، فإنا لا نسلِّم ذلك، وإنما قال الشافعي إنه لهوٌ ولعبٌ وسخفٌ، وليس من أخلاق أهل الدين[١]، وكيف ما كان فإن معرفته ليس بمنهي عنها، وإنما المنهي عنه فعلُه، وله أن يمنعها من استعماله، فلم يكن للرد وجه، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَلَوْ كَانَ بَاعَهَا ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْبَائِعِ بِشَيْءٍ، وَلَا مِنْ قِيمَةِ الْعَيْبِ، وَإِنَّمَا لَهُ قِيمَةُ الْعَيْبِ إِذَا فَاتَتْ بِمَوْتٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ حَدَثَ لَا يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَرُدَّهُ إِلَيْهِ)[٢] إِلَى آخِرِهِ.

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ رجلٌ من رجل شيئًا وباعه، وعلم به عيبًا، فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يعلم بالعيب ثم يبيعه، أو يبيعه ثم يعلم بالعيب.

فإن علم بالعيب ثم باعه فإن ذلك يكون رضًا بالعيب، كما إذا وجد به عيبًا أو كان ثوبًا فلبسه، أو كانت جارية فوطئها، أو كان عبدًا فأعتقه، فإن ذلك كله يكون رضًا بالعيب، فكذلك هاهنا.

فإذا ثبت هذا، فإن العلقة قد انقطعت بين البائع والمشتري، وينظر فِي المشتري الثاني، فإن علم بالعيب وردَّه عليه لم يكن له أن يردَّه علىٰ بائعه.

وإن حدث عنده عيب، ورجع بأرش العيب عليه، لم يكن له أن يرجع بأرش العيب علىٰ بائعه؛ لأنه قد رضي بالعيب، والرضا بالعيب يمنع من ردِّه ومن الرجوع بأرش العيب، كما إذا اشتراه بأرش العيب فإنه لا يجوز.

واختلف أصحابُنا فِي تعليله، فقال أبو إسحاق: إنما لم يجز؛ لأنه [قد

---

(١) ينظر: الرد علىٰ من يبيح السماع، أو: جواب في السماع والغناء؛ للمصنف رَحِمَهُ اللهُ، وهو مذكور في المقدمة في مصنفاته، وهو مطبوع قديمًا بمصر سنة ١٤١٠هـ.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠-١٨١).

استدرك الظلامة ببيعه علىٰ الصحة والسلامة، ومِن أصحابِنا مَن قال: إنما لم يجز ذلك لأنه][(١)] لم ييأس من رده علىٰ البائع، فإنه يجوز أن يرجع إليه ثم يرده (علىٰ البائع)[(٢)].

فإذا ثبت هذا، فلا يخلو المشتري الثاني من ثلاثة أحوال: إما أن يرده علىٰ المشتري الأول بالعيب، أو يحدث عنده عيب فيرجع علىٰ المشتري الأول بأرش العيب، أو يرضىٰ بالعيب.

فإن ردَّه علىٰ المشتري الأول واسترجع الثمن، فإن المشتري الأول يردُّه أيضًا علىٰ البائع ويسترجع الثمن، فإن رجع عليه بأرش العيب رجع هو أيضًا علىٰ بائعه بأرش العيب، وإن رضي بالعيب سقط ردُّه وسقوط الرجوع بأرش العيب.

وأما المشتري الأول فإنه لا يرجع بأرش العيب لوجود العلتين جميعًا، وهو أنه لم ييأس من الرد، ولا قد استدرك الظلامة ببيعه علىٰ الصحة والسلامة.

فإذا ثبت هذا، فلا يخلو المبيع من أحد أمرين: إما أن يرجع إلىٰ المشتري الأول ببيع أو هبة أو إرث، أو لا يرجع، ولكن يعرض فيه ما يسقط الرد بالعيب.

فإن رجع إليه ببيع جديد أو هبة أو إرث فإنه هل يرده علىٰ بائعه؟ فيه وجهان بناء علىٰ التعليلين، فإذا قلنا بتعليل أبي إسحاق - وهو استدراك الظلامة بالبيع - فإنه لا يرده؛ لأن هذه العلة موجودة، وإذا قلنا بتعليل غيره - وهو أنه لم ييأس من الرد - فإنه إذا رجع إليه رده علىٰ بائعه إن عرض فيه ما يسقط رده، وهو أن يهلك فِي يد المشتري الثاني، أو يحدث به عيب، أو

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٢) في (ق): «عليه».

يعتقه إن كان عبدًا، أو يجعله وقفًا.

فإذا كان كذلك، فهل يرجع المشتري الأول علىٰ البائع بأرش العيب؟ وجهان؛ إذا قلنا بتعليل أبي إسحاق فإنه لا يرجع؛ لأن استدراك الظلامة بالبيع علىٰ الصحة والسلامة موجود، وإذا قلنا بتعليل غيره وهو أنه لم ييأس من الرد فإنه يرجع بأرش العيب؛ لأنه قد أيس من رده، لأنه إذا هلك لا يمكن رده، وكذلك إذا أعتقه أو وقفه أو نقص بعيب حادث، فلا يجوزُ له رده، ولا يجبر البائع علىٰ قبوله، فقد أيس من رده، فكان له أن يرجع بأرش العيب علىٰ هذا التعليل، فحصل فِي الرجوع بأرش العيب وجهان.

فرع

هذا إذا كان قد باعه، فأما إذا اشتراه ووهبه ثم علم بالعيب، فإذا قلنا الهبة تقتضي الثواب، فهو بمنزلة ما لو باعه وقد ذكرته، وإذا قلنا الهبة لا تقتضي الثواب، فإنه لا يمكنه رده لزوال ملكه عنه، ولا يرجع بأرش العيب؛ لأنه لم يأيس من رده، لأنه يمكن أن يرجع إليه فيرده علىٰ بائعه.

والتعليل الذي ذكره أبو إسحاق وهو استدراك الظلامة غير موجود هاهنا، فإذا كان كذلك، دلَّ علىٰ أن هذا التعليل هو الصحيح دون ما قاله أبو إسحاق، فإذا رجع إليه ببيع أو هبة أو إرث فإنه يجوز له رده علىٰ بائعه قولًا واحدًا؛ لأن الرد ممكن واستدراك الظلامة لم يحصل منه، فكان له رده علىٰ التعليلين جميعًا، والله الموفق للصواب.

فرع

إذا اشترىٰ عبدًا فأبق منه، فإن كان الإباقُ كان به قبل البيع، مثل أن يكون قد أبق مرة أخرىٰ من يد البائع، فإن ذلك عيبٌ قديم، ولكن المشتري لا يمكنه ردُّه ما دام آبقًا، ولا يجوزُ له الرجوع بأرش العيب؛ لأنه لم ييأس من

رده، وهذا الموضع يدل علىٰ صحة هذا التعليل، لأنه لم يستدرك الظلامة، ولكنه لما أمكن رجوع المبيع إليه وإمكان رده فِي ذلك الوقت لم يجز الرجوع بأرش العيب.

فإذا ثبت هذا، فإن رجع الآبق ردَّه علىٰ بائعه، وإن لم يرجع وهلك فِي الإباق رجع علىٰ البائع بأرش العيب، ولا يختلف المذهبُ فيه، وأما إذا لم يكن أبق من يد البائع ولم يثبت ذلك فإن ذلك حادثٌ فِي يد المشتري، فلا يجوزُ له ردُّه به ولا الرجوع بأرش عيبه؛ لأن الضمان قد انتقل إليه بقبضه.

فرع

إذا اشترىٰ عبدًا فوجد به عيبًا، مثل البرص أو غير ذلك، ثم أبق العبدُ قبل أن يرده علىٰ بائعه، نُظِرَ، فإن كان الإباقُ كان عند البائع فإنه لا يمكن رده فِي الحال، ولا يرجع بأرش العيب، فإن رجع العبد إلىٰ يده رده، وإن هلك فِي الإباق رجع بأرش العيب، وكان الإباقُ حادثًا فِي يده، فإنه قد حدث به عيبٌ عنده، فلا يجوزُ له ردُّه وله أن يرجع بأرش العيب فِي الحال.

فرع

إذا اشترىٰ عبدًا فأعتقه، أو وقفه، أو قتله، أو مات حتف أنفه، ثم علم بعيبه رجع بأرش العيب، والدليلُ علىٰ ذلك: أنه علم بعيبه بعد الإياس من رده ولم يستدرك الظلامة؛ لأنه لم يسلم له بدله، فكان له الرجوع بأرش العيب.

فإن قيل: إذا أعتقه فقد حصل له الثواب.

فالجوابُ: أن استدراك الظلامة بالمال دون الثواب فلا يصِحُّ ذلك، وعلىٰ ذلك إنما حصل له ثوابُ عبدٍ معيبٍ فلم يكن هذا استدراكًا للظلامة.

والدليلُ عليه ما روي عن النبيِّ ﷺ: أنه سئل عن أفضل الرقاب فقال: «**أغلاها**[1] **ثمنًا وأنفسها عند أهلها**»[2] وهكذا إذا اشترىٰ طعامًا فأكله ثم وجد به عيبًا رجع بأرش العيب.

[وإذا اشترىٰ ثوبًا فقطعه أو صبغه ثم أصاب به عيبًا؛ كان له الرجوع بأرش العيب][3].

وقال أبو حنيفة: إذا وجد بالثوب عيبًا بعد قطعه أو صبغه، لم يرجع بأرش العيب.

واحتج من نصر قوله بأنه منع رده بفعل مضمون أو منع نقل الملك فيه بفعل مضمون، فوجب أن لا يرجع بأرش العيب، أصله: إذا باعه ثم علم بعيبه، فإنه لا يرجع بأرش العيب.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة قولنا أنه عيبٌ لم يرض به وجده بعد الإياس من الرد، فوجب أن يكون له الرجوع بأرش العيب، أصله: إذا أعتقه ثم وجد به عيبًا، وأيضًا فإنه إتلاف ملك، فوجب أن لا يمنع من الرجوع بالأرش، أصله: العتق.

وأيضًا إذا افتض البكر، ثم علم بالعيب، رجع بالأرش بالعيب، وقد أتلف جزءًا منها، فإذا أتلف الجميع أولىٰ أن يرجع بأرش العيب.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على البيع، فمن وجوه[4]:

أحدها: أن البيع لا يتعلق به الضمان، يدل عليه أن رجلًا لو باع من رجل

---

(١) يروىٰ بالمعجمة والمهملة.

(٢) أخرجه البخاري (٢٥١٨) ومسلم (٨٤) عن أبي ذر رضي الله عنه.

(٣) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٤) في (ق): «وجهين».

مال غيره بغير إذنه، لم يجب عليه الضمان حتىٰ يأخذه ويسلمه إلىٰ المشتري، فيتعلق عليه الضمانُ باليد دون العقد.

والثاني: أنه منتقضٌ بالعتق وافتضاض البكر.

والثالث: أن المعنىٰ فِي البيع أنه لم ييأس من الرد، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإنه قد أيس من الرجوع، فكان له الرجوع بأرش العيب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: (وَلَوْ كَانَ بَاعَهَا أَوْ بَعْضَهَا)[1] إلى آخره.

وهذا كما قال.. قد ذكرتُ إذا كان باعها ثم علم بالعيب وثبت ما يتعلق بذلك، وهو إذا وهبها ثم علم بالعيب، أو أعتقها، أو وقفها، أو قتلها، أو ماتت حتف أنفها.

وأما إذا باعها ثم وجد بها عيبًا فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن تكون عينًا واحدة أو عينين.

فإن كانت عينًا واحدة فإنه لا يجوزُ له ردُّ النصف الذي باعه؛ لأنه قد زال ملكه عنه، ولا يجوزُ له ردُّ النصف الذي فِي ملكه لمعنيين؛ أحدهما: أن فيه تبعيض الصفقة علىٰ البائع، والثاني: أن الشركة عيب، فإن رد نصفها كان معيبًا، ولا يجوزُ أن يرد علىٰ البائع معيبًا حدث عنده، ولا يجوزُ أن يرجع بأرش العيب؛ لأنه لم ييأس من رد الجميع.

وإن كان عينين فباع إحداهما ووجد بهما عيبًا أو بإحداهما - إما فِي التي لم تبع أو فِي التي قد باعها - فإنه لا يجوزُ له أن يرد التي باعها لأنها خرجت من ملكه، وأما التي لم يبعها فهل يجوز له ردها؟ فيه قولان، بناء علىٰ جواز

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٠).

تبعيض الصفقة، وإذا قلنا لا تبعض الصفقة لم يجز، وإذا قلنا بتبعيض الصفقة جاز له ردها، وإذا قلنا لا يجوزُ له ردها لم يجز له الرجوع بأرش العيب؛ لأنه لم ييأس من رد الجميع.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (فَإِنْ حَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ كَانَ لَهُ قِيمَةُ الْعَيْبِ الْأَوَّلِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَقْبَلَهَا نَاقِصَةً، فَيَكُونُ ذَلِكَ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُشْتَرِي حَبْسَهَا وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ)[١].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ شيئًا وقبضه، ثم وجد به عيبًا كان عند البائع، وحدث عنده عيبٌ آخر، لم يكن له ردُّه إلا أن يرضىٰ البائع بأن يقبلها ناقصة، فيكون له ردها، ولا يكون له أن يرجع بأرش العيب؛ لأنه إنما منع من ردها ناقصة عما أخذها لحق البائع.

فإذا رضي البائع بترك حقه لم يكن للمشتري غير الرد، وكان بمنزلة ما لو لم يحدث فيها عيب، وإن امتنع البائع من قبولها ناقصة رجع المشتري عليه بأرش العيب؛ لأن الرد إذا تعذر من غير الرضا بالعيب ثبت الرجوع بأرش العيب، وقد ثبت فيما مضىٰ أن الرجوع بأرش العيب هو أن يقوَّم المبيع صحيحًا، ويقوَّم معيبًا بالعيب الذي كان عند البائع ويُنظر كم نقص من أجزاء القيمة فينقص بقدره من أجزاء الثمن، ويُعتبر التقويم فِي أقل الحالين قيمة من وقت العقد ووقت القبض.

وإنما كان كذلك، لأن قيمته لو كانت وقت العقد أكثر كان ما نقص بعده فِي يده مضمونًا عليه، وكان نقصانه من ضمانه، فلا يخلو أن يقوَّم علىٰ

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨١).

البائع، وكذلك إن كانت قيمته وقت العقد أقل، ثم زادت فِي يده فإنها زيادة حدثت فِي ملك المشتري لا حق للبائع فيها فلا يجوزُ إدخالها فِي التقويم، فإذا كان كذلك ثبت ما قلناه، وإذا تقرر هذا فإن الناس اختلفوا فِي هذه المسألة فمذهبنا ما ذكرناه.

وقال أبو ثور وحماد بن أبي سليمان: إذا حدث عند المشتري عيبٌ ووجد عيبًا قديمًا كان عند البائع رده ويرد معه أرش العيب.

وقال مالك وأحمد: المشتري بالخيار بين أن يرده مع أرش العيب الحادث، وبين أن يمسكه ويرجع علىٰ البائع بأرش العيب القديم.

وأما أبو ثور فإنه احتج بخبر المُصَرَّاة، فإنه ما أمر برد صاع من تمر إلا من اللبن فكذلك هاهنا يرده، ويرد معه أرش النقصان.

وأما مالك، وأحمد، فإنه احتج من نصر قولهما بأنا أجمعنا علىٰ أن الخيار ثابت لأحد المتبايعين فِي ذلك، إلا أنكم قلتم: الخيار فيه للبائع، إن شاء قبلها ناقصة وإن شاء أعطاه أرش العيب، وقلنا: الخيار فيه إلىٰ المشتري، إن شاء أمسك المبيع ورجع بأرش العيب، وإن شاء رده مع أرش العيب، فإذا كان كذلك المشتري بالخيار؛ لأن البائع مدلس غاش خائن.

وهذا عندنا غيرُ صحيح؛ لأنه عيب حدث فِي المبيع لا لاستعلام العيب، فوجب أن يمنع من الرد، أصله: إذا قُطع طرفٌ من أطرافه فِي يد المشتري، ثم وجد به عيبًا قديمًا، فإنه لا يجوزُ له رده بالإجماع.

وأيضًا فإن البائع إذا حدث فيه عيبٌ عنده لم يجبر المشتري علىٰ قبوله، فكذلك إذا حدث فِي يد المشتري عيبٌ وجب أن لا يجبر البائع علىٰ قبوله.

وأما الجوابُ عن حديثِ المُصَرَّاة، فهو أن عيب اللبن حدث بطريق هو استعلام العيب؛ لأن عيب التصرية لا يوقف عليه إلا بالحلب، وإذا كان

العيب الحادث باستعلام العيب لم يمنع من الرد.

وجوابٌ آخر، وهو أن فِي المُصَرَّاة يرد بدل اللبن ولا يرد أرش النقصان، وليس كذلك هاهنا فإنه يرد أرش النقصان عند المخالف ولا يرد المبيع، فدل علىٰ الفرق بينهما.

وأما الجوابُ عن قول مالك وأحمد أن المشتري أولى بالخيار من البائع؛ لأنه خائن غاش، فهو أن المسلمين أجمعوا علىٰ التسوية بين الغاش الخائن وبين غيره، ألا ترىٰ أنه إذا باع عينًا من الأعيان ولا عيب فيها، ثم حدث فيها عيب بعد العقد وقبل التسليم ثبت الخيار، وإن لم يكن ذلك خيانة من البائع.

وجوابٌ آخر، وهو أن التخيير إنما ثبت للبائع؛ لأنه إسقاط لحقه فكان ذلك إلىٰ خياره، وليس كذلك المشتري، فإنه لا يسقط حقه، فهو بمنزلة الحادث فِي يد البائع، فثبت الخيار للمشتري دون البائع؛ لأنه إسقاطٌ لحق المشتري فكذلك هاهنا.

• فَصْلٌ •

إذا اشترى رجلٌ من رجل عبدين أو ثوبين أو بهيمتين، فوجد بأحدهما عيبًا، فهل له أن يرد المعيب منهما؟ علىٰ قولين، بناء علىٰ تبعيض الصفقة، والظاهر من المذهبِ أنه ليس له رده، وقال أبو حنيفة: يجوز له رده وفسخ البيع فِي العيب منهما.

واحتجَّ من نصر قوله بأنهما عينان تم البيع فيهما، وانفرد أحدهما بسبب الخيار وجب أن يثبت فيه الخيار، قياسًا علىٰ من اشترىٰ عبدين واشترط فِي أحدهما خيار الثلاث، فإن له فسخ البيع فِي الذي شرط فيه الخيار، فكذلك هاهنا.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة قولنا هو أن تبعيضَ الصفقة فِي الرد بغير اختيار البائع، فوجب أن لا يجوز، أصله: إذا كذلك ذلك قبل القبض، فإذا وجد العيب فيهما، وإذا اشترىٰ مصراع الباب، أو زوجي الخف، فوجد بأحدهما عيبًا لم يكن له رد المعيب منهما، فكذلك هاهنا.

وكذلك إذا اشترىٰ كُرَّين[1] من طعام، أو سائر ما يتساوىٰ أجزاؤه، فإن أبا حنيفة قال فِي هذه المواضع الأربعة مثل ما قلناه.

وأيضًا فإن كل صفقة لا يجوزُ تبعيضُها قبل القبض لم يجز تبعيضُها بعد القبض، أصله: إذا وجد العيب فيهما، أو إذا اشترىٰ زوجي الخف، أو مصراعي الباب.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أن البيع تم فيهما[2]، وانفرد أحدهما بسبب الخيار، فمن وجوه:

أحدها: أنه لا تأثير له فِي الأصل، فإنه يجوز أن يرد الذي شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده، فلا بأس بشرط تمام العقد فِي الأصل، فلم يصح.

والثاني: أنه منتقض بالمسائل التي ذكرتها من مصراعي الباب، وزوجي الخف، والقطعتين من نصف واحد.

والثالث: أن المعنىٰ فِي الأصل أن صاحبه قد رضي بالتبعيض لما شرط فِي أحد العبدين، فكان التبعيضُ برضا البائع، وهذا يجوز عندنا، ولو رضي فِي هذه المسألة بقبول المعيب منهما خيرناه، فإذا كان كذلك لم يكن بين المسألتين فرق، وعلىٰ أن مِن أصحابِنا مَن بنىٰ ذلك علىٰ جواز تبعيض الصفقة، والأول أصح، والله أعلم.

---

(١) مثنىٰ كر -بضم الكاف- وهو مكيال يسع ستين قفيزًا.

(٢) في (ف، ق): «فيها»!

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا أنه إذا اشترى عبدين ووجد بأحدهما عيبًا، فهل يجوز له رد المعيب؟ فيهما قولان، بناء علىٰ القولين فِي تبعيض الصفقة، وكذلك إذا اشترىٰ عبدين، ووجد بهما عيبًا إلا أنه قد مات أحدهما، فهل له أن يرد الباقي فِي يده؟ فيهما قولان، بناء علىٰ القولين فِي تبعيض الصفقة.

فإذا قلنا لا يرده، رجع بأرش العيب، وإذا قلنا له رده، فإنه يرده بحصته من الثمن، فيقوَّم الموجود والتالف، ويُقسم الثمن علىٰ قدر القيمتين، فما يخصه فإنه يسترجعه من البائع.

وقال بعض أهل خراسان: يفسخ العقد علىٰ هذا القول فيهما جميعًا، ثم يرد الباقي بقيمة التالف، ويسترجع، كما قال النبي ﷺ فِي المُصَرَّاة أنه يرد الشاة وقيمة اللبن، ويسترجع جميع الثمن[١].

وهذا خطأٌ ويخالفُ نصَّ الشافعي؛ لأنه نصَّ علىٰ ذلك فِي «اختلاف العراقِيَّيْنِ»[٢] وقال: يرجع إلىٰ حصته من الثمن، ثم فرَّع عليه، وقال: فإن اختلفا فِي قيمة التالف فقال البائع: الموجودُ قيمته خمسة، والتالفُ قيمته عشرة، فيلزمه أن يرد ثلث الثمن، وقال المشتري: التالفُ قيمته خمسة،

---

(١) نقله السبكي في تكملة المجموع (١٢/ ١٧٩) عن المصنف، وفيه بحث، فلينظر.

(٢) تثنية عراقي، والمقصود بهما أبو حنيفة ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ، كما شرح ذلك النووي رحمه الله في تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٢٨٠) قال: العراقيان اللذان يقول في المهذب في مواضع كثيرة: «قال في اختلاف العراقيين» هما أبو حنيفة، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ، وقوله: «العراقيين» بفتح الياء الأولىٰ وكسر النون؛ لأنه مثنىٰ، وإنما ضبطته، لأنه قد يصحف، وهذا كتاب صنفه الشافعي، فذكر فيه المسائل التي اختلفا فيه، ويختار تارة ذاك وتارة يضعفهما، ويختار ثالثًا، وهذا الكتاب هو أحد كُتب الأم، وهو نحو نصف مجلد.

والموجودُ قيمته عشرة، فيلزمه أن يرد ثلثي الثمن[١].

وقال الشافعي فِي كتاب «اختلاف العراقيين»: القول قول البائع؛ لأن البائع ملك جميع الثمن، فلا يجوزُ أن يزيل ملكه إلا عن مقدار يعترف به، وهو الثمن.. وقال فِي هذا الكتاب: وفيه قول آخر أن القول قول المشتري؛ لأنه بمنزلة الغارم، ويكون القول قول الغارم، فكذلك هاهنا.

والأول أصح لما ذكرتُه، فهو كاختلاف المشتري والشفيع، يكون القولُ قولَ المشتري مع يمينه؛ لأن ملكه ثابتٌ علىٰ الشِّقص فلا يزال إلا بما يقرُّ به.

فرع

إذا اشترىٰ رجل[٢] من رجل إبريقًا وزنه مائة درهم[٣]، ووجد به عيبًا وحدث فِي يده عيب آخر، فإنه لا يجوزُ له رده لحدوث العيب فيه عنده، ولا يجوزُ له الرجوع بأرش العيب؛ لأنه ينقص الثمن عن وزنه فيكون ربًا، ولا يجوزُ إسقاط حكم العيب[٤].

فإذا كان ذلك كذلك، قال أبو العباس بن سريج: يفسخ البيع فيه، ويغرم قيمة الإبريق للبائع من الذهب، ولا يجوزُ رده علىٰ البائع لحدوث العيب فيه، ويكون بمنزلة التالف فِي يده.

ومِن أصحابِنا مَن قال: يفسخ البيع، ويرد الإبريق إلىٰ البائع مع أرش النقصان الذي حصل فِي يد المشتري، ويكون بعد فسخ البيع بمنزلة

(١) نقل ذلك بتمامه: بحر المذهب (٤/ ٥٣٤).

(٢) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٣) بحاشية (ق) : ثمان درهم !

(٤) نقله بحر المذهب (٤/ ٥٣٦) ولم يصرح بنقله عن المصنف كعادته، بخلاف السبكي في تكملة المجموع (١٢/ ٢٦٩).

المأخوذ علىٰ طريق السَّوم إذا حدث فيه النقص، فإنه يجب ردُّه مع أرش النقصان، وكذلك ها هنا، وهذا أصحُّ مما قاله أبو العباس بن سريج عندي.

فإن كان الإبريق تالفًا فإنه يفسخ[1] البيع، ويرد قيمته ذهبًا، وتلفُه لا يمنع فسخَ البيع؛ لأن الشافعي قد نصَّ علىٰ أن الإقالة بعد تلف المبيع، وقال: إذا اختلف المتبايعان تحالفا وإن كانت السلعة تالفة[2]، ويفسخ البيع وترد القيمة علىٰ البائع، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا أراد أن يرد المبيع بالعيب، جاز له فسخ البيع فِي غيبة البائع وحضرته، قبل القبض وبعده، وقال أبو حنيفة: إن كان قبل القبض فيجوز أن يفسخه بحضرة البائع، ولا يجوزُ فِي غيبته، وإن كان بعد القبض فلا يجوزُ إلا بحضوره ورضاه، أو بحكم الحاكم.

وقد تقصيتُ الكلام فِي هذه المسألة فِي رد المبيع بخيار الشرط، والنكتة فيها أن من لا يُعتبر رضاه فِي رفع العقد لا يُعتبر حضوره، كالمرأة فِي الطلاق، وأما بعد القبض فإنا نقول: ردٌّ مستحقٌّ بالعيب، فوجب أن لا يعتبر فيه رضا البائع، أصله: قبل القبض، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي الْعَيْبِ، وَمِثْلُهُ يَحْدُثُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ مَعَ يَمِينِهِ عَلَى الْبَتِّ لَقَدْ بَاعَهُ بَرِيئًا مِنْ هَذَا الْعَيْبِ)[3].. قَالَ الْمُزَنِي:

(١) في (ف): «يصح» وهو غلط.

(٢) ذكر الماوردي في الحاوي الكبير (٥/ ٢٩٧) أن مذهب الشافعي أن يتحالفا بكل حال سواء كانت السلعة قائمة أو تالفة.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨١).

(يَنْبَغِي فِي أَصْلِ قَوْلِهِ أَنْ يُحَلِّفَهُ لَقَدْ أَقْبَضَهُ إِيَّاهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ، مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ يَضْمَنُ مَا حَدَثَ عِنْدَهُ قَبلَ دَفْعِهِ إِلَى الْمُشْتَرِي، وَيَجْعَلُ لِلْمُشْتَرِي رَدَّهُ لِمَا حَدَثَ عِنْدَ الْبَائِعِ، وَلَوْ لَمْ يُحَلِّفْهُ إِلَّا عَلَى أَنَّهُ بَاعَهُ بَرِيئًا مِنْ هَذَا الْعَيْبِ أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ صَادِقًا، وَقَدْ حَدَثَ الْعَيْبُ عِنْدَهُ قَبْلَ الدَّفْعِ، فَيَكُونُ قَدْ ظَلَمَ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ لَهُ الرَّدَّ بِمَا حَدَثَ بَعْدَ الْبَيْعِ فِي يَدِ الْبَائِعِ. فَهَذَا يُبَيِّنُ لَكَ مَا وَصَفْنَا أَنَّهُ لَازِمٌ فِي أَصْلِهِ عَلَى مَا وَصَفْنَا مِنْ مَذْهَبِهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا[٢] اختلف البائع والمشتري فِي العيب، فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

إما أن يكون العيبُ لا يجوزُ أن يكون حادثًا فِي يد المشتري، مثل أن يكون أصبع زائدة، أو قطع أصبع قد اندمل موضعُها، وهو قد اشتراه من يومه أو من أمسه، ولا يجوزُ أن تبرأ الجراحة فِي مثله، فيكون القولُ قولَ المشتري من غير يمين؛ لأنَّا نعلم أنه كان موجودًا عند البائع.

وإن كانت جراحةً طريةً[٣]، وقد اشتراه من سنة، لا يجوزُ أن تكون الجراحة من سنة، فيكون القولُ قولَ البائع من غير يمين.

وإن أمكن حدوثُه عند البائع وعند المشتري[٤] واختلفا، قال الشافعي: القولُ قولُ البائع مع يمينه؛ لأن الأصلَ سلامتُه من العيب، والأصلُ لزومُ العقد، والمشتري يدعي حدوث العيب فِي يد البائع، ويدعي ما يفسخ به البيع، فيكون القولُ قولَ البائع وعلىٰ المشتري البينة.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨١).

(٢) زيادة ضرورية .

(٣) الجراحة الطرية هي التي يسيل منها الدم.

(٤) كالجنون والبرص، ونحو ذلك.

فإذا ثبت هذا، فإن المشتري إذا ادعىٰ علىٰ البائع أنه باعه السلعة وفيها عيبٌ، نُظِر فِي جواب البائع:

فإن قال إنه لا يستحق الرد بهذا العيب، كان جوابًا صحيحًا، ووجب علىٰ الحاكم استماع ذلك منه وأحلفه عليه.

وإن قال «بعتُه بريئًا من هذا العيب»، فهل يحلفه أنه لا يستحق رده عليه؛ لأنه قد يبيعه وبه العيب، ثم يسقط ردُّه بالرضا بالعيب، فلو أراد الحاكمُ أن يحلفه «والله لقد باعه بريئًا من العيب»؛ لم يمكنه أن يحلف علىٰ هذا الوجه، وإذا نكل عن اليمين رده عليه، فيكون قد ظلمه.

والثاني: يحلفه بالله «لقد بعتُه بريئًا من هذا العيب»؛ لأنه لما أجاب بهذا دل علىٰ أنه علم أنه يمكنه أن يحلف علىٰ هذا الوجه.

وهكذا إذا ادعىٰ رجلٌ علىٰ رجل مالًا فِي يده، وقال للحاكم إنه غصبه من يدي وأنا مطالب برده عليَّ، فإن أجاب بأنه لا يستحق ذلك، كان جوابًا صحيحًا، وأحلفه الحاكم عليه، وإن أجاب بأنني ما غصبتُه؛ كان الجواب صحيحًا.

وهل يحلفه أنه ما غصبه أو لا يستحق رده عليه؟ وجهان.

وإذا ثبت هذا قال المزني: يحلفه والله لقد أقبضه، وما به هذا العيب؛ لأن ما يحدث بعد البيع وقبل التسليم مضمونٌ عليه، ويستحقُّ المشتري رده بالعيب عليه.

قال أصحابنا: إذا ادعاه المشتري هكذا، فأما إذا ادعاه أنه باعه وبه هذا العيب، وأجاب البائع بأنه باعه بريئًا حلَّفه الحاكمُ علىٰ حسب الدعوىٰ والجواب، وأما إذا ادعاه أنه أقبضه فإنه يحلفه علىٰ الإقباض دون البيع، وإن سأله أن يحتاط له فِي الإحلاف أحلفه علىٰ ما قال المزني، وأما اليمين فإنها

علىٰ البتِّ دون العلم.

والأيمانُ كلُّها أربع[١]: يمينٌ علىٰ إثبات فعل الغير[٢]، وعلىٰ نفي فعل الغير[٣]، وعلىٰ إثبات فعل نفسه، وعلىٰ نفي فعل نفسه، وكلها علىٰ القطع والبتِّ إلا يمينًا واحدة فإنها علىٰ العلم، وهي اليمين علىٰ فعل الغير، وهذه اليمين «والله لقد بعتُه بريئًا من هذا العيب» كان علىٰ فعل نفسه، فكان علىٰ البتِّ والقطع، والله الموفق.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَسَمِعْتهُ يَقُولُ: كُلُّ مَا اشْتَرَيْتَ مِمَّا يَكُونُ مَأْكُولُهُ فِي جَوْفِهِ فَكَسَرْته، فَأَصَبْته فَاسِدًا فَلَكَ رَدُّهُ، وَمَا بَيْنَ قِيمَتِهِ فَاسِدًا صَحِيحًا وَقِيمَتِهِ فَاسِدًا مَكْسُورًا)[٤] .. وقال فِي موضع آخر: (فِيهِمَا قَوْلَانِ؛ أَحَدُهُمَا: لَيْسَ لَهُ الرَّدُّ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْبَائِعُ، وَلِلْمُشْتَرِي مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ صَحِيحًا وَفَاسِدًا إِلَّا أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ فَاسِدًا قِيمَةٌ فَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ)[٥] .. قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (هَذَا أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُرَدُّ الرَّانِجُ مَكْسُورًا، كَمَا لَا يُرَدُّ الثَّوْبُ مَقْطُوعًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْبَائِعُ)[٦].

---

(١) نقله بحر المذهب (٥/ ٢٤٠).

(٢) في (ف، ق): «العين»! وهو تصحيف ظاهر، وجاء علىٰ الصواب في «بحر المذهب» علىٰ ما فيه من كثرة تحريف وتصحيف، ولعل الله يقيض من يحققه علىٰ أحسن وجه وأكمله، وكم تمنيت أن يكون لي في ذلك سهم [مع عجزي وتقصيري] ولكن ليس كل ما يتمناه المرء يدركه.

(٣) في (ف، ق): «العين»! وهو تصحيف ظاهر، وجاء علىٰ الصواب في «بحر المذهب».

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨١).

(٥) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨١).

(٦) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨١).

وهذا كما قال.. إذا كان باع رجلٌ من رجل شيئًا مما يكون مأكولُه فِي جوفه، فكسره فوجده فاسدًا، فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن لا يكون لفاسده قيمة، مثل بيض الدجاج، فإن كان هكذا فإن البيع باطل؛ لأنه لا يجوزُ بيع ما لا قيمة له، قياسًا علىٰ بيع الحشرات، مثل الخنافس، والجعلان، وبنات وردان، والذبان، وغير ذلك، ولهذا نقول: إن من أتلفه فلا ضمان عليه؛ لأنه لا قيمة له، فكذلك هاهنا.

وإن كان لفاسده قيمة، مثل بيض النعامة، والجوز، واللوز، والرانج، والبطيخ[١]، والرمان، نُظر فيه، فإن كان لم يزد فِي كسره علىٰ القدر الذي يستعلم به العيب، ولا يمكن أن يعلم بما دونه، مثل أن يكون نقب الرمان، فعرف حموضته، أو قطعه قطعًا يسيرًا فعرف أنه مدود، لأن التدويد لا يمكن أن يُعرف إلَّا[٢] بالنقب، فإن كان هكذا ففيه قولان؛ أحدهما: يرده، والثاني: لا يجوزُ له ردُّه، وهو اختيار المزني.

فإذا قلنا لا يرده فوجهه أنه حدث فِي يده نقص، فوجب أن يسقط رده بالعيب، أصله: إذا اشترىٰ ثوبًا فقطعه، ثم وجد به عيبًا فإنه يبطل حقه من الرد، ويرجع بأرش العيب، فكذلك هاهنا.

وإذا قلنا يجوز له ردُّه، فوجهه أن النقص حدث باستعلام العيب، فلم يمنع من الرد، أصله: المُصَرَّاة، وأنه لما كان حَلْبها طريقًا إلىٰ استعلام عيبها لم يمنع من ردها، وإن صار اللبن معيبًا، ونقص المبيع بذلك.

فإذا قلنا لا يردُّه فإنه يرجع بأرش العيب فيقوم صحيحًا وقشره صحيح، وفاسدًا وقشره صحيح، فينظر كم نقص من قيمته، فإن كان عشر القيمة رجع

---

(١) بكسر الباء وفتحها.

(٢) زيادة ضرورية.

بعشر الثمن، ولا يقوِّمه مكسورًا لأن الكسر نقصٌ حدث فِي يده، وإنما يجب تقويمُه مع العيب الذي كان عند البائع.

وإذا قلنا برده، فهل يجب أن يرد معه أرش النقص؟ قولان:

أحدهما: يرد أرشَ النقص؛ قياسًا علىٰ التصرية، فإن النبي ﷺ أمر برد المُصَرَّاة وردِّ صاع من تمر معها بدل لبن التصرية.

والثاني: لا يرد أرش النقص؛ لأن البائع سَلَّطه[1] علىٰ كسره، لأنه لا يمكن إدراك صلاحه وفساده إلا بذلك، فلم يجب عليه رد شيء منه[2].

فإذا قلنا بهذا، فإنه يرده ويسترجع الثمن، وإذا قلنا بالأول فإنه يرده ويرد ما بين قيمته فاسدًا صحيح القشر، وما بين قيمته فاسدًا مكسورًا؛ لأنه إنما يغرم أرش النقصان الحادث فِي يده، ويخالف هذا الرجوع بأرش العيب؛ لأنه إنما يرجع بأرش العيب الذي كان فِي يد البائع، فلهذا فرقنا بينهما.

وقال أبو إسحاق فِي «الشرح»: فيه ثلاثة أقوال؛ أحدها: لا يرده، والثاني: يرده ولا يرد معه شيئًا، والثالث: يرده ويرد معه أرش النقص الذي حدث فِي يده، والمعنىٰ فِي الجميع واحد.

هذا إذا لم يزِدْ علىٰ القدر الذي يُحتاج إليه فِي معرفة العيب وإدراكه، فأما إذا زاد عليه[3]، فالصحيحُ أنه يبطل الردُّ قولًا واحدًا، ويرجع بأرش العيب؛ لأنه قد حدث فِي يده نقصٌ ليس من جهة استعلام العيب.

وقال أبو إسحاق من أصحابنا: من قال يكون فيه الأقاويل، ولا فرق بين أن يكون الكسر يسيرًا وبين أن يكون كثيرًا؛ لأن التمييز بينهما لا يمكن،

---

(١) في (ف، ق): «سلط».

(٢) حكاه كفاية النبيه (٩/ ٢٣٩)، وقال: وهذا ما صححه الشيخ أبو حامد والبغوي وغيرهما.

(٣) في (ف، ق): «أراد علته»! وهو تحريف.

وضبطُ القدْرِ الذي لا يمكن أن ينقص منه لا يمكن، فوجب أن يُسَوَّىٰ بين اليسير وبين الكثير.

فإذا ثبت هذا، قال المزني: الصحيح أنه لا يرد، واحتج بأن الشافعي قال: لا يُرَدُّ الرانجُ مكسورًا، ولا يُرَدُّ الثوب مقطوعًا[١].

والجوابُ عن هذا: أن الرانج فيه أقاويل وهي التي ذكرناها، وأما الثوب فإنه لا يرده؛ لأن النقص الذي حدث فيه ليس لاستعلام العيب، فسقط ما قاله.

فَرع

إذا اشترىٰ ثوبًا فنشره، ووجد به عيبًا، فإن كان الثوبُ لا ينقصه النشرُ فإنه يرده بالعيب، وإن كان النشرُ ينقصه مثل الشَّهجاني المطوي[٢] علىٰ طاقين يلتزق أحدهما بالآخر، فينكسر بالنشر، فإذا كان هكذا نُظر، فإن كان نُشر نشرًا لا يمكن الوقوف علىٰ عيبه إلا به، فإنه يكون علىٰ الأقاويل التي ذكرتُها، (وإن كان يزيد فِي نشره وتكسيره)[٣]؛ لأن الذي نشره لم يكن حاذقًا [ولم يحسنه][٤] فزاد فِي تكسيره علىٰ ما يحتاج، وشهد بذلك أهل الخبرة، فإنه هل يجوز له رده؟ علىٰ الخلاف الذي ذكرته بين أصحابنا؛ منهُم مَن قال لا يجوزُ [له رده][٥] قولًا واحدًا، ومنهُم مَن قال علىٰ الأقاويل، والله الموفق للصواب.

---

(١) حكاه بحر المذهب (٤/ ٥٥٤).

(٢) لعله نوع من الثياب، وقد نقل مثله الروياني في بحر المذهب (٦/ ٤٢٤) ولم أقف علىٰ معناه.

(٣) كذا! ولعل صوابه: وإن كان النشر يزيد في تكسيره.. وينظر بحر المذهب (٤/ ٥٥٤).

(٤) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٥) ليس في (ق).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وَلَوْ بَاعَ عَبْدَهُ، وَقَدْ جَنَى فَفِيهَا قَوْلَانِ؛ أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْبَيْعَ جَائِزٌ، كَمَا يَكُونُ الْعِتْقُ جَائِزًا، وَعَلَى السَّيِّدِ الْأَقَلُّ مِنَ الْقِيمَةِ أَوْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ، وَالثَّانِي: أَنَّ الْبَيْعَ مَفْسُوخٌ مِنْ قِبَلِ أَنَّ الْجِنَايَةَ فِي عَيْنِهِ كَالرَّهْنِ، فَيُرَدُّ الْبَيْعُ وَيُبَاعُ، فَيُعْطِي رَبَّ الْجِنَايَةِ جِنَايَتَهُ، وَبِهَذَا أَقُولُ، إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعَ السَّيِّدُ بِدَفْعِ الْجِنَايَةِ أَوْ قِيمَةِ الْعَبْدِ إِنْ كَانَتْ جِنَايَتُهُ أَكْثَرَ مِمَّا يَكُونُ هَذَا فِي الرَّهْنِ)(١).. قال المزني: (قَوْلُهُ: «كَمَا يَكُونُ الْعِتْقُ جَائِزًا» تَجْوِيزٌ مِنْهُ لِلْعِتْقِ، وَقَدْ سَوَّى فِي الرَّهْنِ بَيْنَ إِبْطَالِ الْعِتْقِ وَالْبَيْعِ، فَإِذَا جَازَ الْعِتْقُ فِي الْجِنَايَةِ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ مِثْلُهُ)(٢).

وهذا كما قال.. إذا كان لرجل عبدٌ فجنىٰ، فباعه مولاه بغير إذن المجني عليه، فقد نص الشافعي فِي البيع علىٰ قولين؛ أحدهما: يصح - وهو اختيار المزني وأبي حنيفة - والثاني: لا يصِحُّ البيع.

فإذا قلنا يصح، فوجهه أن الجناية إن كانت توجب القصاص فإنه عبد تعلق برقبته قتل، وهذا لا يمنع صحة البيع، قياسًا علىٰ بيع العبد المرتد، ولأنه ليس فيه أكثر من أنه عبد يخشىٰ موته ويرجىٰ سلامته؛ لأنه يخشىٰ أن يقتله قصاصًا ويرجىٰ أن يعفو عنه، فإذا كان كذلك كان بمنزلة العبد المريض.

وإن كانت الجناية توجب المال، فإن ذلك يتعلق بغير اختياره، وذلك لا يمنع من بيعه، ويخالف الرهن؛ لأن الدين تعلق برقبته باختياره وعقده.

وإذا قلنا لا يصِحَّ البيع فوجهه أنه تعلق برقبته حق لآدمي، فوجب أن لا

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨١).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨١).

يصِحَّ بيعُهُ بغير إذن من له الحق، أصله: الرهن.

وأيضًا فإن الجناية آكد من الرهن، لأن العبد المرهون إذا جنىٰ بيع فِي الجناية وبطل الرهن، وإذا كان حق الجناية آكد من الرهن وكان الرهن يمنع صحة البيع فلأن يمنع حق الجناية من البيع أولىٰ وأحرىٰ.

فإذا تقرر هذا، ففِي موضع القولين ثلاثة طرق لأصحابنا:

فمنهُم مَن قال فِي العمد الذي يوجب القصاص وفِي الخطأ الذي يوجب المال قولان، ولا فرق بينهما، وإنما كان كذلك لأن القصاص حقٌّ لآدمي، فهو بمنزلة المال؛ لأن القصاص قد يئول إلىٰ مال بعفو المولىٰ، فكان تعلق القصاص بمنزلة تعلق المال.

ومِن أصحابِنا مَن قال: القولان فِي الجناية الذي توجب المال، فأما التي توجب القصاص فلا يمنع صحة البيع قولًا واحدًا؛ لأنه ليس فيه أكثر من تعلق القتل برقبته، وذلك لا يمنع من بيعه كما نقول فِي العبد المرتد.

ومِن أصحابِنا مَن قال: القولان فِي العمد الموجب للقصاص، فأما الجناية التي توجب المال فإنها تمنع من صحة بيعه، كما يمنع الرهن والجناية أولىٰ؛ لأنها آكد من الرهن، فإذا لم يجز بيع الرهن قولًا واحدًا فيجب أن يكون الجاني جناية توجب المال لا يجوزُ بيعه قولًا واحدًا.

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا إن البيع باطل، رده واسترجع الثمن، وتبقىٰ الحكومة بين المجني عليه وبين سيد العبد الجاني ويُنظر، فإن كانت الجناية عمدًا يوجب القصاص فاقتص منه، فقد استوفىٰ حقه، وإن عفا علىٰ مال أو كانت الجناية توجب مالًا فإن المال يتعلق برقبة العبد، والمولىٰ بالخيار إن شاء سلمه للبيع، وإن شاء فداه من ماله.

فإن سلمه للبيع فبيع نُظر، فإن كان الثمن مثل أرش الجناية دفع إلىٰ

المجني، وإن كان أقل منه فلا يلزم السيد غيره؛ لأن الأرش لم يثبت فِي ذمة المولىٰ، ولا يتعلق بسائر ماله، وإن كان أكثر من الأرش فإن الفاضل يدفع إلىٰ المولىٰ، وإن اختار أن يفديه فبكم يفديه؟ فِي ذلك قولان:

أحدهما: بأقل الأمرين من القيمة أو أرش الجناية؛ لأن القيمة إذا كانت أقل فإن المجني عليه لم يستحق عليه غير رقبته، وإن كان الأرش أقل فإنه لم يستحق إلا قدر الأرش، فيجب أن يعتبر أقل الأمرين.

والقول الثاني: يغرم جميع الأرش أو يسلم العبد المبيع، فإنه ربما رغب فيه راغبٌ وزاد مزايد فزاد علىٰ قيمته، وإذا كان كذلك لزمه جميع الأرش، ويسلم العبد المبيع.

وإذا قلنا يصح البيع نُظر فِي الجناية، فإن كانت توجب المال فهل يلزمه المال فِي ذمته؟ اختلف أصحابُنا فيه:

فمنهُم مَن قال: يلزمه المال ويكون بيعه له التزامًا للمال فِي ذمته، وهذا ظاهر مذهب الشافعي لأنه قال هاهنا[1] إن البيع جائز، وعلىٰ السيد الأقل من القيمة أو أرش جنايته، وعلىٰ هذا إن لم يكن معه ما يؤدي ذلك فإنه يفسخ البيع؛ لأن حق المجني عليه سابق لحق المشتري، فيفسخ البيع ويباع فِي الجناية.

ومنهُم مَن قال: لا يلزمه الأرش، لأن البيع وإن كان اختيارًا للأرش فلا يلزمه الوفاء به، كما لو قال الراهن «أنا أقضي الدين من غير الرهن» أو «من قيمة الرهن» لم يجبْ عليه الوفاءُ بذلك، وإذا قلنا يلزمه الأرش فإنه يفديه بأقل الأمرين من أرش جنايته أو قيمته قولًا واحدًا؛ لأنه لا يقدر علىٰ تسليمه للبيع.

وإذا قلنا لا يلزمه الأرش فإنه بالخيار بين أن يفديه من سائر ماله وبين أن

---

(١) زاد في (ف، ق): «أحدهما» وهي زيادة لا معنىٰ لها.

يسلمه للبيع، فإن سلمه للبيع فسخ البيع وبيع، وإن أراد أن يفديه ففيه قولان؛ أحدهما: يلزمه أقل الأمرين، والثاني: جميع الأرش، أو يسلم للبيع، فيفسخ بيعه ويباع فِي الجناية.

وإنما قلنا هاهنا علىٰ قولين لأنه قادر علىٰ تسليمه للبيع[١].

وإن كانت الجناية عمدًا يوجب القصاص فإن اختار ولي الدم المال وعفا عن القصاص كان الحكم كما ذكرناه، وإن طالب بالقصاص قبله؛ نُظِر[٢]:

فإن كان ذلك قبل تسليمه إلىٰ المشتري فقد انفسخ البيع؛ لأن المبيع قد هلك قبل القبض وفات التسليم المستحق بالعقد.

وإن كان بعد القبض فقد اختلف أصحابُنا، فقال أبو إسحاق المروزي: يرجع بجميع الثمن، وهو مذهب الشافعي[٣]، ووجهه أن هذا القتل وجب فِي ملك البائع فلم يمنع من فسخ البيع واسترجاع الثمن، وهذا كما يقول أصحاب أبي حنيفة أن وطء الزوجة لا يمنع الرد؛ لأنه مستحق لمعنىٰ كان فِي ملك البائع، فلم يمنع من الرد عليه، [فكذلك هذا القتل وجب لمعنىٰ كان فِي ملك البائع فلم يمنع من الرد عليه][٤]، وعلىٰ هذا تجب مئونة دفنه علىٰ البائع.

وعلىٰ هذا، إذا غصب عبدًا من رجل، فجنىٰ فِي يد الغاصب جناية توجب القصاص، ثم رد الغاصبُ العبدَ علىٰ مولاه فقتل قصاصًا، كان

(١) نقله بحر المذهب (٤/ ٥٥٦) عن المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(٢) في (ف، ق): «ونظر» بزيادة واو العطف، والأولىٰ دونها.

(٣) حكاه الروياني في بحر المذهب (٤/ ٥٥٦).

(٤) ليس في (ق).

لمولاه أن يرجع بقيمة العبد علىٰ الغاصب؛ لأنه قُتل بجناية حدثت فِي يده.

ومِن أصحابِنا مَن قال: يرجع بأرش العيب، وهو أن يقوَّم العبد غير جانٍ ويقوَّم وهو جانٍ جناية توجب القصاص، فينظر كم نقص من قيمته، فيرجع بقدره من أجزاء الثمن.

وقال هذا القائل: إنه بمنزلة أن يشتري عبدًا مريضًا وهو لا يعلم بمرضه، فيموت فِي يده، فيرجع بأرش العيب، فكذلك هاهنا.

وكل هذا عن أبي العباس [بن سريج][1]، وأبي علي بن أبي هريرة، والأول هو مذهب الشافعي.

ويخالف المريضَ؛ لأنه إنما يموت من زيادة مرضٍ حدثت فِي يد المشتري، فمنع من فسخ البيع ورده لما حدث فِي يده من ذلك، وليس كذلك القاتل، فإنه إنما قتل بجناية كانت فِي يد البائع، فلم يمنع من رده.

وكذلك إذا اشتراها حاملًا ولم يعلم بحملها، فماتت من الطلق، رجع بأرش العيب؛ لأنها ماتت من أوجاع الطلق وهي حادثة فِي يد المشتري، كالمريض إذا مات.

وإن كان العبد مرتدًّا فقُتِل بردته، فهو علىٰ هذين الوجهين؛ لأنه قُتِل بردته كانت عند البائع.

فإن قيل هاهنا لا يصِحُّ ما قلتموه؛ لأنه إنما قتل لإقامته علىٰ الردة، وذلك حادث فِي يد المشتري.

فالجوابُ: أنه إنما قُتل للردة السابقة؛ لأنه صار غير مضمون، ولهذا نقول إن من قتله قبل الاستتابة لم يجبْ عليه ضمانه.

هذا إذا لم يعلم بجنايته، ثم علم بعد الشراء له، فأما إذا علم قبل الشراء

---

(١) ليس في (ق).

ثم اشتراه مع علمه بجنايته، فقد نصَّ الشافعيُّ فِي «كتاب الرهن» علىٰ أنه بمنزلة العيب الذي قد رضي به ولا شيء له، وهذا صحيحٌ علىٰ ما قدمت بيانه[١].

ومِن أصحابِنا مَن قال إنه إذا لم يعلم بأنه قاتل واشتراه، ثم قُتل فِي يده قصاصًا كان بمنزلة الاستحقاق، وهذا غلطٌ لا يختلف مذهب الشافعي أنه بمنزلة العيب، ولهذا قال: إذا اشتراه عالمًا به أنه لا شيء له.

وإذا اشترىٰ عبدًا وقد استحق قطْعَ يده قصاصًا أو سرقة ولم يعلم به المشتري، وقُطعت يده فِي يد المشتري، فعلىٰ قول الشافعي - وهو مذهب أبي إسحاق - يكون له الخيار، إن شاء رده وفسخ البيع؛ لأن القطع وجب فِي ملكه فلا يمنع من فسخ البيع ورده عليه؛ لأن القتل إذا لم يمنع من فسخه فالقطع أولىٰ، فإن رده رجع بجميع الثمن.

وإن علم بذلك قبل الشراء فلا خيار له، وعلىٰ قول أبي العباس وأبي علي يكون ذلك بمنزلة العيب الحادث، فيمنع من الرد ويرجع بما بين قيمته ولم يستحق قطع يده وبين قيمته وقد استحق قطع يده بنقص قيمته ويرجع بقدره من أجزاء الثمن، وإن علم بذلك قبل الشراء، لم يرجع بشيء؛ لأنه رضي بالعيب.

فإذا ثبت هذا فإن المزني اختار أن البيع صحيح، وعوَّل فيه علىٰ جواز إعتاقه.

وأجاب أصحابُنا عنه بأنا إذا قلنا بيعه صحيح فعتقه أجوز وأصح، وإذا قلنا بيعه لا يصِحُّ كالعبد المرهون فيكون عتقه علىٰ الأقاويل الثلاثة، كما إذا أعتق الراهن العبد المرهون.

---

(١) حكاه الروياني في بحر المذهب (٤/ ٥٥٧).

وإذا ثبت أن هذا هو المذهب، لم يصح إلزامه؛ لأننا سوَّينا فِي البطلان بين البيع وبين العتق فِي أحد الأقاويل، وإذا فرقنا بينهما فإنا نقول: إنه لا يجوزُ الاستدلال علىٰ صحة [البيع بصحة](١) العتق؛ لأن الآبق يصح عتقُه ولا يصِحُّ بيعه، وكذلك المغصوب والمبيع قبل القبض وأم الولد، والعتق يسري فِي ملك الغير(٢) والبيع لا يسري فيه.

وقال أبو إسحاق فِي «الشرح»: العتق يصح فِي المجهول ويقف علىٰ الشرط، والبيع لا يصِحُّ فِي المجهول ولا يقف علىٰ الشرط، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ، وَيَكُونَ مَبِيعًا مَعَهُ)(٣).

وهذا كما قال.. العبد لا يملك شيئًا ما لم يملِّكه السيد قولًا واحدًا، فإذا ملَّكه السيد فهل يملك العبد ما ملكه، فيه قولان؛ قال فِي القديم: يملكه وبه قال مالك وأصحاب الظاهر مثل داود وغيره، وقال فِي الجديد: لا يملك، وبه قال أبو حنيفة، وسفيان الثوري، وأحمد، وإسحاق.

وفائدة القولين: أنَّا إذا قلنا لا يملك، فإذا ملك جارية لا يجوزُ له وطؤها [وإذا قلنا يملك، جاز له وطؤها](٤).

وإذا ملَّكه نصابًا مما يجب فيه الزكاة، فإذا قلنا يملك سقطت الزكاة فيه؛ لأنها لا تجب علىٰ المولىٰ لخروجه من ملكه، ولا تجب علىٰ العبد لنقصان

---

(١) ليس في (ق).

(٢) في (ف، ق): «العين» وهو تصحيف.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨١).

(٤) ليس في (ق).

ملكه، كما لا تجب علىٰ المكاتب زكاة ما بقي فِي يده من المال.

وإذا قلنا لا يملك وجبت الزكاة علىٰ مولاه فيه؛ لأنه باقٍ علىٰ ملكه، ويكفِّر بالمال إذا قلنا يملك، ويكفر بالصيام إذا قلنا لا يملك، فهذه الأحكام الثلاثة من فوائد القولين.

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا يملك فوجهه قول الله تعالىٰ: ﴿**وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ۗ وَٱللَّهُ وَٰسِعٌ عَلِيمٌ**﴾ [النور: ٣٢]، فوعد العبيد بالغنىٰ، فدل علىٰ أنهم يملكون.

وأيضًا قوله عز وجل: ﴿**أَوَلَمْ يَرَوْا۟ أَنَّا خَلَقْنَا لَهُم مِّمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَآ أَنْعَـٰمًا فَهُمْ لَهَا مَـٰلِكُونَ**﴾ [يس: ٧١]، وهو راجعٌ إلىٰ من تقدم ذِكره، وهو قوله تعالىٰ: ﴿**لِّيُنذِرَ مَن كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ ٱلْقَوْلُ عَلَى ٱلْكَـٰفِرِينَ**﴾ [يس: ٧٠]، وفيهم الأحرار والعبيد؛ لأنهم يدخلون فِي الإنذار.

ومن السنة: ما روىٰ نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**من أعتق عبدًا وله مالٌ فمالُه للعبد، إلا أن يستثنِيَه السيدُ**»[١] وهذا نص.

وأيضًا قوله ﷺ: «**مَن أحيا أرضًا ميتةً فهي له**»[٢]، ولم يفرق، فهو علىٰ عمومه، وقوله ﷺ: «**مَن قتل قتيلًا له عليه بينةٌ فله سلبُهُ**»[٣]، ولم يفرق، فهو علىٰ عمومه.

وأيضًا ما روي أن سلمان الفارسي حَمَلَ إلىٰ رسول الله ﷺ رطبًا فقال: «**ما هذا؟**» قال: صدقة، فردَّه، وحمل إليه مرة أخرىٰ فقال: «**ما هذا؟**» قال: هدية، فقبله، وكان سلمان قد قرأ فِي الكتب من أعلام النبي المبعوث أنه

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥٢٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) عن سعيد بن زيد رضي الله عنه.

(٣) أخرجه البخاري (٣١٤٢) ومسلم (١٧٥١) عن أبي قتادة رضي الله عنه.

يقبل الهدية ويرد الصدقة[١]، وكان ذلك مما استدل به علىٰ نبوته ﷺ.

وفيه دليل علىٰ أن العبد يملك؛ لأنه حَمَلَ إليه وهو عبدٌ فقبله منه، ولا يجوزُ قبول هدية العبد علىٰ قول من يقول لا يملك شيئًا إلا أن يحمله عن السيد هدية من جهة السيد، فيجوز قبول قوله فِي ذلك.

ومن القياس: أنه آدميٌّ حيٌّ، فوجب أن يملك، قياسًا علىٰ الحر.

ويدل علىٰ صحة هذه العلة فِي الأصل أنه يفارق البهائم التي لا تملك بكونه آدميًّا، ويفارق الموتىٰ الذين لا يملكون بالحياة، فالملك تابع لهاتين الصفتين.

وأيضًا فإنه يملك البُضع بالنكاح، فوجب أن يملك المال، أصله: الحر، وأيضًا، فإنه يملك البضع، فجاز أن يملك بدل البضع؛ لأن كل من ملك الشيء جاز أن يملك بدله، وأيضًا، فإنه يملك قوته وكسوته، ومن جاز أن يملك اليسير جاز أن يملك الكثير.

وفيه طريقة أخرىٰ، وهو أن يدل علىٰ أنه يجوز أن يطأ بملك اليمين، والدليلُ عليه قول الله تعالىٰ ﴿قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ﴾ [المؤمنون: ١] إلىٰ قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون:٦] ولم يفرق بين الأحرار والعبيد.

وأيضًا فإن من حلَّ له الوطء بالنكاح، حل له الوطء بملك اليمين، قياسًا علىٰ الحر، وأيضًا فإنه سبب يستباح به الوطء، فوجب أن يستوي فيه الحر والعبد، قياسًا علىٰ النكاح.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه قوله تعالىٰ: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥]، فوجب أن يكون

---

(١) أخرجه أحمد (٢٣٧١٢، ٢٣٧٣٧).

العبد غير قادر علىٰ التملك بعموم هذا اللفظ، فإن النكرة فِي سياق[١] النفي تقتضي نفي الجنس.

فإن قال: نفي القدرة لا يقتضي نفي الملك، ولا يدل عليه؛ لأن الله تعالىٰ لو أعجز رجلًا حتىٰ لم يقدر علىٰ فعل لم يحل ذلك بكونه مالكًا.

[**والجوابُ** أن قوله تعالىٰ: ﴿لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ يقتضي أن لا يكون قادرًا علىٰ ملك المال.

فإن قيل: قوله تعالىٰ بعده: ﴿وَضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا رَّجُلَيْنِ أَحَدُهُمَآ أَبْكَمُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٦]، ولا يوجب أن يكون الحر الأبكم لا يصِحُّ منه الملك، وإنما ذلك مثلٌ ضربه الله تعالىٰ لمن جعل له من خلقِه شريكًا][٢].

والجوابُ: أنه هكذا إلا أن ظاهره يقتضي ما ذكرناه، فوجب حملُه علىٰ ظاهره إلا ما قام عليه الدليل.

وأيضًا قوله تعالىٰ: ﴿ضَرَبَ لَكُم مَّثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَل لَّكُم مِّن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن شُرَكَآءَ فِي مَا رَزَقْنَٰكُمْ فَأَنتُمْ فِيهِ سَوَآءٌ﴾ [الروم: ٢٨]، فدل هذا علىٰ أنهم عندنا لا يشاركونا فيما رزقناه من المال.

وأيضًا ما روىٰ الشافعي[٣]، عن سفيان بن عيينة، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مَن بَاعَ عبدًا ولهُ مالٌ فمالُهُ للبائِعِ إلَّا أنْ يشترطَ المبتاعُ**»[٤].

ووجه الدليل منه أن النبيَّ ﷺ أثبت المال للبائع إذا لم يشترط المبتاع، وللمبتاع إذا اشترطه، ولم يثبت للعبد، فدل علىٰ أنه لا يملكه، وأن العبد لو كان

---

(١) زيادة من عندنا.

(٢) ليس في (ق).

(٣) مسند الشافعي (١٣٦٧).

(٤) أخرجه البخاري (٢٣٧٩) ومسلم (١٥٤٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

مالكًا للمال الذي فِي يده لكان السيد لا يملكه ببيعه؛ لأنه ليس بانتزاع للمال من ملكه، ولا من رجوع فيما أعطاه، فدل علىٰ أنه يملكه وليس بملك للعبد.

فإن قيل: الخبر دليلنا؛ لأنه قال: «**من باع عبدًا وله مال**»، وهذه الإضافة تقتضي الملك.

فالجوابُ: أن الإضافة قد تكون بالملك، وقد تكون باليد، كما يقال: جمل الجمال وصبيان المعلم، وقد يضاف البعضُ إلىٰ الجملة لاتصاله بها كما يقال: باب المسجد، وثمرة النخلة، وما أشبه ذلك، فإذا كان كذلك كانت إضافة المال إلىٰ العبد إضافة بدل وليست بإضافة ملك.

ومن القياس: أنه مملوكٌ فوجب أن لا يملك المال، أصله: البهيمة.

[وأيضًا الناس ضربان: مالك ومملوك، فلما لم يكن المالك مملوكًا فكذا لا يكون المملوك مالكًا][١].

وأيضًا، فإن المال لو كان ملكًا للعبد لم يجز للمولىٰ انتزاعُه من ملكه وارتجاعه من يده بنمائه وزياداته، فلما كان له ذلك دل علىٰ أنه عارية فِي يده وليس بملك له، يدل علىٰ صحة هذا أن المكاتب لما ملك لم يجز للسيد انتزاع المال من يده.

وأيضًا، فإنه سبب يملك به المال، فوجب أن لا يملك به العبد، أصله: الإرث.

وأيضًا، فإن الإرث أقوىٰ وجوه الملك، فلو كان العبد يملك شيئًا، لوجب أن يملك بالإرث، فلما لم يملك بالإرث مع قوته، وجب أن لا يملك بما دونه من أسباب الملك، وهذا يدخل عليه المكاتب فإنه لا يرث، ويملك بغير الإرث.

---

(١) ليس في (ق).

وأما الجوابُ عما احتجوا به من قول الله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢] فمن وجوه:

أحدها: أن المراد به الغنىٰ بالنكاح عن السفاح، ويدل عليه أن غنىٰ المال لا يحصل من النكاح وإنما حصول الفقر منه أظهر، وخبر الله تعالىٰ لا يجوزُ أن يقع بخلاف مخبره، فدل علىٰ أن المراد ما ذكرناه.

وقد قيل: معناه غنىٰ المال، ولكن بشرط العتق، فيغنيه بأن يرزقه العتق والمال جميعًا، وقد قيل: إنه يرجع إلىٰ الأيامىٰ دون العباد والإماء.

وأما الجوابُ عن قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا۟ أَنَّا خَلَقْنَا لَهُم مِّمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَآ أَنْعَٰمًا فَهُمْ لَهَا مَٰلِكُونَ﴾ [يس: ٧١]، فهو أنه يرجع إلىٰ الكفار وهم أحرار، وإنما يسترق من يسبىٰ، ويدل علىٰ أنه يرجع إليهم أن الله تعالىٰ قال: ﴿لِّيُنذِرَ مَن كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ ٱلْقَوْلُ عَلَى ٱلْكَٰفِرِينَ﴾ [يس: ٧٠]، وعلىٰ أنَّا نخصه فنحمله علىٰ الأحرار.

وأما الجوابُ عن حديثِ عُبيد الله بن [أبي جعفر][١]**، عن بُكير بن الأشج، عن نافع، عن ابن عمر، عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «من أعتقَ عبدًا وله مالٌ فمالُه لعبدِهِ إلَّا أن يستثنيَهُ السيدُ»**، فهو أن أحمد لم يُثْبِت هذا الحديث ولم يعمل به[٢]، وعلىٰ أنَّا نعارضه بما روىٰ الزهري، عن سالم، عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبيِّ ﷺ أنه قال: **«مَن باعَ عبدًا ولهُ مالٌ فمالُهُ للبائعِ إلَّا أنْ يشترطَ المبتاعُ»**[٣].

وأما الجوابُ عن حديثِ سلمان الفارسي، فهو أنه لم يكن عبدًا، وكانوا قد قهروه علىٰ نفسه ظلمًا وقهرًا، ويدل علىٰ ذلك أن النبيَّ ﷺ قال:

---

(١) في (ق): «عمر» وهو غلط.

(٢) ينظر علل الحديث (١١٨٣) لابن أبي حاتم، وتنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (٢٣٧٤)، وتنقيح التحقيق للذهبي (٤٨٥).

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٧٩) ومسلم (١٥٤٣) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

«**أنقِذُوه**»[١] فأمرهم بإنقاذه ببذل المال، فدل علىٰ ما قلناه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الحر، فمن وجهين:

أحدهما: أنه لا يجوزُ أن يعتبر المِلك بالبُضع، لأن العبد يحتاج إلىٰ النكاح كما يحتاج إليه الحر، والبدل والإباحة لا يصِحُّ فيه فملك البُضع للحاجة والضرورة إليه، وليس كذلك المال، فإنه يصح فيه البذل والإباحة.

والثاني: أن المعنىٰ فِي الحر أنه ليس بمملوك، فجاز أن يكون مالكًا، وليس كذلك العبد فإنه مملوك، فلم يجز أن يكون مالكًا للمال، ولأن الحر لما صحَّ ملكه لم يجز أن ينتزع من يده بغير اختياره، وكذلك العبدُ إذا ملك بُضْع امرأته لا يصِحُّ انتزاعه من يده بغير اختياره، فلو كان يملك المال إذا ملَّكه السيد لم يجز للمولىٰ انتزاعه من يده، وقد قال مالك وداود إن للمولىٰ انتزاعه من يده متىٰ شاء، فيأخذه بجميع نمائه وزياداته.

وأما الجوابُ عن قولِهِم آدميٌّ حيٌّ، قياسًا على الحر، فهو الذي ذكرته.

وأما الجوابُ عن قولِهِم لما ملك البُضع جاز أن يملك بدل البُضع وهو المهر، فهو أن العبدَ لما ملك البُضع واستقر ملكُه عليه، لم يجز لسيده أن ينتزعه من ملكه، وملكه كما يملك المبدل، علىٰ أنه لا يمتنع أن يفترق البدل والمبدل كما نقول: إن من قُطعت يده يملك بدلها ويتصرف فيه، وإن كان لا يملك المبدل، والمرأة لا تملك بضعها ولا تملك التصرف فيه، وتملك بدله وتتصرف فيه.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أنه يملك قوتَه وكسوَته، فوجب أن يملك الكثير؛ لأن من ملك اليسير ملك الكثير، فهو أنَّا لا نسلِّم أنه يملك قوته وكسوته، وإنما هو علىٰ ملك سيده، وإنما يستثنىٰ بإباحته وبتلفه علىٰ ملكه

---

(١) لم نقف علىٰ تخريج هذه اللفظ، والمعروف: أعينوا أخاكم، أخرجه أحمد (٢٣٧٣٧).

دون ملك نفسه.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أن له أن يتسرَّى بقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٢٩ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾ [المعارج ٢٩- ٣٠]، فهو أنه لا حجة لهم فيه؛ لأن الله تعالىٰ أباح الوطء بملك اليمين، والعبد لا يملك عندنا، فيجب أن يدل الخصم علىٰ أنه يملك حتىٰ يصح الاحتجاج بعمومه.

وأما الجوابُ عما احتجوا به بأن من حل له الوطءُ بالنكاح حل له الوطء بملك اليمين كالحر، فهو أني بينتُ الفرق بينهما، فأغنىٰ عن الإعادة.

فإذا ثبت ما ذكرناه من القولين، فإذا قلنا لا يملك العبد، فإذا كان فِي يده مال وباعه، وشرط المبتاع ماله، فإنه بمنزلة من باع عبدًا أو ثوبًا، أو دراهم أو دنانير، فيعتبر فيه انتفاء الجهالة وانتفاء الربا عنه.

فإذا كان المالُ فِي يده مجهولًا لا يصح، وإذا كان معلومًا وفيه الربا لا يصح، مثل أن يبيع العبد ومعه دراهم بدراهم، أو معه دنانير بدنانير؛ لأن الثمن إذا قسم علىٰ قيمة العبد وما فِي قيمته من جنس الثمن أدىٰ إلىٰ التفاضل.

وإذا قلنا إن العبد يملك فإن المولىٰ إذا باعه مطلقًا رجع المال إلىٰ البائع، ويكون إزالة ملكه عن رقبته انتزاعًا للمال منه للخبر الذي روىٰ ابنُ عمر عن النبيِّ ﷺ فيه، وإن باعه وشرط ماله للمبتاع فإن الشافعي قال علىٰ هذا القول يجوز سواء كان مجهولًا أو معلومًا ما فيه من الربا أو من غيره.

وذكر المزني أنه أجازه علىٰ طريق التبع للعبد، كما جاز بيع الأمة وهي حامل، وجعل الحمل تابعًا فِي البيع، وجعل حقوق الدار تابعة للدار فِي البيع.

وقال أبو إسحاق المروزي: هذا ليس بصحيح؛ لأن ما جاز بيعُه تبعًا لغيره هو الذي لا يجوزُ إفراده عنه بالبيع. قال: والطريق الصحيح فيه أن

المال علىٰ هذا القول ليس بمبيع ولا يقابله الثمن، وإنما يبقىٰ علىٰ ملك العبد إذا اشترط المبتاع، ولا يدخل فِي البيع، ويكون للمبتاع انتزاعُه من يده متىٰ شاء، وهذا طريق صحيح إن شاء الله وبه الثقة، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

إذا اشترى عبدًا وفِي يده مال، وقلنا إنه يملكه، واشترط المبتاع على ملك العبد على هذا القول، ولم يدخل فِي البيع، فانتزع السيدُ المال من ملكه وأتلفه، ثم وجد بالعبد عيبًا لم يكن له ردُّه، ورجع بأرش العيب، وإن كان المال باقيًا رده مع العبد.

وقال داود: يرد العبد وحده؛ لأن ما فِي يده لم يدخل فِي البيع، ولم يقابله الثمن، فهو بمنزلة كسبه.

وهذا غيرُ صحيح لأنه اشترىٰ عبدًا ذا مال، فلا يجوزُ له رده من غير مال؛ لأن ذلك نقصان صفة كما إذا اشتراه صحيحًا لم يجز له رده مريضًا، وإذا اشتراه سمينًا لم يجز رده مهزولًا، ويخالف الكسب لأنه حادث فِي ملك المشتري ولم يكن موجودًا حال العقد، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَحَرَامٌ التَّدْلِيسُ، وَلَا أَنْقُضُ الْبَيْعَ)[١].

(١) «مختصر المزني مع الأم» (٨/ ١٨١) وقال المزني: هذا غلط عندي، فلو كان الثمن محرمًا = بالتدليس كان البيع بالثمن المحرم منتقضًا، وإذا قال: لا ينقض به البيع فقد ثبت تحليل الثمن غير أنه بالتدليس مأثوم، فتفهم، فلو كان الثمن محرمًا وبه وقعت العقدة كان البيع فاسدًا، أرأيت لو اشتراها بجارية فدلس المشتري بالثمن كما دلس البائع بما باع فهذا إذًا حرام بحرام، يبطل به البيع، فليس كذلك، إنما حرم عليه التدليس، والبيع في نفسه جائز، ولو كان من أحدهما سبب يحرم فليس السبب هو البيع، ولو كان هو السبب حرم البيع، وفسد الشراء، فتفهم.

وهذا كما قال.. التدليسُ حرامٌ فِي البيع، وهو كتمان البيع، والتدليسُ مشتق من الدُّلسة وهي الظلمة، وكأنه لمَّا لم يبين العيب وتركه علىٰ الخفاء؛ كان مدلسًا.

والأصلُ فِي تحريمه ما ذكرتُه من حديث حَكيم بن حِزام عن النبيِّ ﷺ قال: « **البيِّعانِ بالخيارِ ما لم يتفرَّقا، فإن صَدَقَا وبيَّنا بُورِكَ لهما فِي بيعِهِمَا، وإنْ كَذَبَا وكَتَمَا مُحِقَتْ بركةُ بَيْعِهِمَا**»[1].

وروىٰ عقبةُ بنُ عامر رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**المسلمُ أخو المسلمِ، لا يحلُّ لمُسْلِمٍ باع من أخيه بيعًا يعلمُ فيه عيبًا إلَّا بيَّنهُ له**»[2].

وروىٰ رافعُ بنُ خَدِيج رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قيل له: أي الكسب أطيب؟ قال: «**عملُ الرجلِ بيدِهِ، وكلُّ بيعٍ مبرورٍ**»[3].

وروىٰ أبو هريرة رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مَن غشَّنا فليسَ منَّا، والمكرُ والخداعُ فِي النَّارِ**»[4] والمراد به من خيارنا؛ لأن الغش لا يخرجه من الإسلام.

فإن خالف ودلَّس كان البيع صحيحًا[5]، لقوله ﷺ: «**لا تُصرُّوا الإبلَ والغنمَ للبيعِ فمن ابتَاعَهَا بعدَ ذلك، فهو بخيرِ النَّظرينِ إن رَضِيَها أمسكَهَا وإنْ سَخِطَهَا**

---

(١) أخرجه البخاري (٢١١٠) ومسلم (١٥٣٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٢٤٦).

(٣) أخرجه أحمد (١٧٢٦٥).

(٤) لم نقف عليه هكذا من حديث أبي هريرة، وإنما رواه ابن مسعود وقد أخرجه ابن حبان (٥٦٧، ٥٥٥٩) والطبراني في الكبير (١٠٢٣٤)، ويروىٰ عن أبي هريرة طرفه الأخير فقط، أخرجه البزار (٩٥١٧) والبيهقي في الشعب (٦٥٨١).

(٥) خلافًا لداود، فإنه قال ببطلان البيع .. ينظر بحر المذهب (٤/ ٥٥٩).

ردَّها وصاعًا من تَمْر»[١] فأثبت له الخيار مع التدليس، فدلَّ علىٰ أنه لا يمنع صحة البيع، وإنما يثبت له الخيار وفسخه وإجازته، ولأن المنع منه لمعنىٰ فِي العاقد دون المعقود عليه وهو كتمانه لعيبه، والنهي إذا كان راجعًا إلىٰ غير المبيع لم يمنع صحة البيع، كما إذا باع فِي وقت نداء الجمعة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَكْرَهُ بَيْعَ الْعِنَبِ مِمَّنْ يَعْصِرُ الْخَمْرَ، وَالسَّيْفَ مِمَّنْ يَعْصِي اللهَ تَعَالَى بِهِ، وَلَا أَنْقُضُ الْبَيْعَ)[٢].

وهذا كما قال.. يُكره بيع العنب ممن يعصر الخمر ليشربَها أو يبيعها.

ورویٰ أبو بكر بن المنذر[٣]، عن الحسن البصري أنه قال: لا بأسَ ببيع التمر ممن يتخذ سُكْرًا، وقال سفيان الثوري: بع الحلالَ ممن شئتَ[٤].

وهذا غيرُ صحيح، لقول الله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢]، وفِي ذلك معونةٌ علىٰ الإثم والعدوان.

وأيضًا روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**لَعَنَ اللهُ الخمرَ وعاصِرَها ومُعتصرَها**»[٥]، وأيضًا روي عن سعد بن أبي وقاص أنه كره ذلك، ذكره أبو بكر بن المنذر[٦]، ولا يُعرف له مخالف.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٥٠).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٢).

(٣) الأوسط (١٠/ ٣٧٤).

(٤) بحر المذهب (٤/ ٥٦٠)، وحلية العلماء (٤/ ١١٩).

(٥) أخرجه أبو داود (٣٦٧٤) وابن ماجه (٣٣٨٠) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٦) حكاه في الأوسط (١٠/ ٣٧٤) وأخرج (٨١٧٥) عن مصعب بن سعد أن صاحب ضيعة سعد أتاه فقال: إن الأعناب قد كثرت. فقال: اتخذه زبيبًا، بعه عنبًا. قال: إنه أكثر من ذلك، فخرج سعد إلىٰ ضيعته، فأمر بها فقلعت، وقال لقهرمانه: لا أتئمنك علىٰ شيء بعدها.

وإن اعتقد أنه لا يعمله إلَّا خمرًا، حرم عليه؛ لأنه عاون علىٰ معصية ولا ينقض به البيع؛ لأن ذلك معنىً فِي غير المعقود عليه.

وأما بيعُ السيف ممن يعصي الله تعالىٰ به، من قاطع الطريق، وعيَّار، ومتغلِّب، ولص، فإنه علىٰ ما ذكرتُه فِي بيع العنب حرفًا بحرف؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾، ولا ينقض البيع؛ لأنه فِي غير المعقود عليه[1].

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي آخرِ بَابِ اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعَيْن: (وَلَا أُحِبُّ مُبَايَعَةَ مَنْ أَكْثَرُ مَالِهِ الرِّبَا أَوْ مِنْ حَرَامٍ، وَلَا أَفْسَخُ الْبَيْعَ لِإِمْكَانِ الْحَلَالِ فِيهِ)[2].

وهذا كما قال.. إذا باع ماله ممن فِي يده حلال وحرام، مثل أن يكون فِي يده مال من الضرائب والمصادرة[3]، ومن وجه حلال، [نُظر:

فإن تيقن أنه حرام لم يصح البيع إذا عقد به، ولم يملكه، وإن تيقن أنه حلالٌ][4] صح البيع وملكه.

وإن شك فيه وجُوز أن يكون من حرام ومن حلال، فإن المستحب له أن يجتنبه، فإن باعه به وقبضه ملك فِي الظاهر ولم يأثم به[5].

فأما الدليلُ علىٰ أنه يُستحب له أن يجتنبه، فما روىٰ النعمانُ بنُ بشير،

---

(١) وذكر الروياني في بحر المذهب (٤/ ٥٦٠) أنه لا يجوز بيع السلاح لأهل الحرب - في دار الإسلام - وعزاه للقاضي الطبري.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٣) ومثله الذمي الذي يبيع الخمر والخنزير.

(٤) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٥) سيأتي مزيد بحث في هذه المسألة (ص ٢٨١).

عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**الحلالُ بَيِّنٌ والحرامُ بَيِّنٌ وبين ذلك أمورٌ مُشتبهاتٌ لا يعلَمُها كثيرٌ مِنَ الناسِ، فمَنِ اتَّقى الشُّبهاتِ استبرأَ لِدِينِهِ وعِرضِهِ، ومَنْ وَقَع فِي الشُّبُهاتِ وَقَع فِي الحرامِ كالرَّاعِي حَولَ الحِمَى يُوشِكُ أن يقعَ فيهِ، ألا إنَّ لكلِّ مَلِكٍ حِمَى وحِمَى الله محارِمُهُ**»(١) وهذا نص.

وأيضًا روىٰ الحسن بن علي رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ أنه كان يقول: «**دع ما يَرِيبك إلَى ما لا يَرِيبك**»(٢).

وقال عمر بن الخطاب: دعوا الرِّبا والريبة(٣).

وأما البيعُ فإنما قلنا إنه صحيح؛ لأن الحلال ممكن، والظاهرُ مما فِي يده أنه يملكه، فجوز بيعه والمعاوضة عليه والشراء به، فإذا كان كذلك، صح العقد والتمليك علىٰ الظاهر(٤)، والله الموفق للصواب.



---

(١) أخرجه البخاري (٥٢) ومسلم (١٥٩٩).

(٢) أخرجه الترمذي (٢٥١٨).

(٣) أخرجه أحمد (٢٤٦، ٣٥٠) وابن ماجه (٢٢٧٦).

(٤) ويستدل له برهن النبي ﷺ درعه عند أبي الشحم اليهودي - علىٰ شعير أخذه لأهله.

بابُ ما جاء فِي بيع البراءةِ

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﵁: (إِذَا بَاعَ الرَّجُلُ شَيْئًا مِنَ الْحَيَوَانِ بِالْبَرَاءَةِ، فَالَّذِي أَذْهَبُ إِلَيْهِ قَضَاءُ عُثْمَانَ، أَنَّهُ بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ لَمْ يَعْلَمْهُ، وَلَا يَبْرَأُ مِنْ عَيْبٍ عَلِمَهُ وَلَمْ يُسَمِّهِ لَهُ وَلَمْ يَقِفْهُ عَلَيْهِ تَقْلِيدًا[١]، وَأَنَّ الْحَيَوَانَ يُفَارِقُ مَا سِوَاهُ؛ لِأَنَّهُ يَغْتَذِي بِالصِّحَّةِ وَالسَّقَمِ وَتَحَوُّلِ طَبَائِعِهِ، وَقَلَّ مَا يَبْرَأُ مِنْ عَيْبٍ يَخْفَى أَوْ يَظْهَرُ، وَإِنْ صَحَّ فِي الْقِيَاسِ، لَوْلَا مَا وَصَفْنَا مِنْ افْتِرَاقِ الْحَيَوَانِ وَغَيْرِهِ أَنْ لَا يَبْرَأَ مِنْ عُيُوبٍ لَمْ يَرَهَا، وَلَوْ سَمَّاهَا لِاخْتِلَافِهَا، أَوْ يَبْرَأُ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا باع حيوانًا بالبراءة من عيوبه، مثل الرقيق، والبهيمة، والطيور، فقد اختلف أصحابُنا فيه؛ فمنهُم مَن قال لا يبرأ من شيء من عيوبه إلا عيب واحد، وهو العيبُ الباطنُ الذي لا يعلمه، وأما العيبُ الباطنُ الذي علمه أو الظاهرُ علمه أو لم يعلمه فإنه لا يبرأ منه حتىٰ يُسميه ويُوقفه عليه.

ومِن أصحابِنا مَن قال: فيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: هذا، وهو مذهب مالك.

والثاني: أنه لا يبرأ من شيء من العيوب إلا بالتسمية والتوقيف، وهذا مذهب أحمد بن حنبل[٣] وإسحاق.

والثالث: أنه يبرأ من جميع العيوب، وهو مذهب أبي حنيفة[٤]، وإليه

---

(١) يعني تقليدًا لعثمان، واستشكل الروياني هذا القول؛ لأن الشافعي لم يقلد في الجديد، وإنما قلد في القديم، وقد أجاب عن هذا الاستشكال.. ينظر بحر المذهب (٤/ ٥٦١).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٢).

(٣) يعني في رواية عنه.

(٤) وهو رواية عن أحمد كذلك.

ذهب أبو سعيد الإصطخري.

واحتج هذا القائل بما نقله المزني عن الشافعي هاهنا فِي قوله: (وَإِنْ صَحَّ فِي الْقِيَاسِ، لَوْلَا مَا وَصَفْنَا مِنْ افْتِرَاقِ الْحَيَوَانِ وَغَيْرِهِ أَنْ لَا يَبْرَأَ مِنْ عُيُوبٍ لَمْ يَرَهَا) ثم قال: (أَوْ يَبْرَأُ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ)، فأشار فيه إلىٰ ثلاثة أقاويل.

ومن قال بالأول قال: هذا قد أشار إليه، ولكنه اختار القول الأول، وقال: لولا قضاء عثمان، وما ذكره من مفارقة الحيوان لغيره فِي أنه يغتذي بالصحة والسقم، وتحول طبائعه، وقلَّ ما يبرأ من عيب يخفىٰ أو يظهر - لكان القياس هذا، ولكني تركتُ القياسَ لقول عثمان، وما ذكر من مفارقة الحيوان لغيره.

قلت أنا: قال الشافعي فِي كتاب اختلافه ومالك[1]: ولو ذهب ذاهبٌ إلىٰ أن من باع بالبراءة برئ مما علم ومما لم يعلم، لكان مذهبًا نجد فيه حجة، وهذا مثل قول أبي حنيفة، وقد نصَّ عليه فِي هذا الكتاب، وهذا يبطل قول من قال: إن مذهبه لا يُختلف فيه وأنه قولٌ واحد.

هذا فِي الحيوان، وأما فِي غير الحيوان فقولان؛ **أحدهما**: لا يبرأ من شيء من عيوبه إلا بالتسمية والتوقيف، **والثاني**: يبرأ من جميع عيوبه، ولا يجيء فيه قولٌ ثالثٌ؛ لأنه لا باطن له كما يكون للحيوان باطن.

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا يبرأ من كل عيب، وهو مذهب أبي حنيفة، فوجهه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**المؤمنونَ عندَ شُرُوطِهِم**»[2]، وهذا قد شرط البراءة من عيوبه فوجب الوفاء به، وأيضًا فإنه عيبٌ رضي به المشتري، فوجب أن يبرأ منه البائع، أصله: البيع الباطن الذي لا يعلمه فِي الحيوان.

---

(١) الأم (٦/ ٢١٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) بنحوه، من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

وأيضًا، فإنَّا ندلُّ علىٰ أن الإبراء من المجهول صحيحٌ، والدليلُ علىٰ ذلك ما روت أم سلمة أن رجلين اختصما إلىٰ رسول الله ﷺ فِي مواريث قد دَرَسَتْ، فقال رسول الله ﷺ: «**استهِمَا، وتوخَّيَا، وليحللْ أحدُكُما صاحبَهُ**»[١] وهذا يدل علىٰ أن الإبراء من المجهول جائز.

وأيضًا روي عن النبيِّ ﷺ أنه بعث خالد بن الوليد إلىٰ بني جَذِيمة، فاعتصم قومٌ منهم بالسجود، فأسرع إليهم بالقتل، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: «**اللهمَّ إنِّي أبرأُ إليكَ ممَّا فَعَلَ خالدُ بنُ الوليدِ**»[٢] ثم وجَّه مالًا علىٰ يد عليٍّ إليهم، لِيَدِيَ قتلاهم فوداهم، حتىٰ مِيْلَغة[٣] الكلب، وبقي من المال بقية فأعطاهم، وقال: هذا عما لا تعلمون ولا يعلم رسول الله ﷺ[٤] وهذا إبراءٌ من المجهول، وهو نص فِي موضع الخلاف.

ومن القياس: أنه إسقاطُ حقٍّ لا تسليم فيه، فوجب أن يصحَّ فِي المجهول، أصله: الطلاق والعتاق، وفيه احترازٌ من البيع والهبة، فإن فيهما تسليمًا، فلهذا لم يصح كلُّ واحدٍ منهما فِي المجهول.

وهذا عندنا غيرُ صحيح[٥]، والدليلُ على صحة قولنا الذي نقول إنه لا يبرأ من شيء من عيوبه إلا بالتسمية[٦] والتوقيف عليه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن بيع وشرط[٧]، ولم يفرِّق، فهو علىٰ عمومه.

---

(١) أخرجه أحمد (٢٦٧١٧) وأبو داود (٣٥٨٤).

(٢) أخرجه البخاري (٤٣٣٩).

(٣) خشبة تحفر ثم تتخذ ليلغ فيها الكلب.

(٤) ينظر مغازي الواقدي (٣/ ٨٨٢) ودلائل النبوة للبيهقي (٥/ ١١٤) وفتح الباري (٨/ ٥٨).

(٥) نقله الروياني في بحر المذهب (٤/ ٥٦٢) عن المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٦) في (ف، ق): «بالشبهة» وهو تحريف ظاهر، وتقدم قبل قليل قول المصنف: بالتسمية والتوقيف.

(٧) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤٣٦١) عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهىٰ عن =

وأيضًا روي عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن الغرر، وروي عن بيع الغرر[١]، وفِي هذا غررٌ، فوجب أن لا يجوز.

وأيضًا ما روىٰ حَكيم بن حِزام أنه قال: «**البيِّعانِ بالخيارِ ما لم يتفرَّقا فإنْ صَدَقَا وبيَّنَا بُورِكَ لهما فِي بيعِهما، وإنْ كتَمَا ذلك مُحِقَتْ بركَةُ بيعِهِمَا**»[٢]، وأيضًا روىٰ عقبةُ بنُ عامر عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**المسلمُ أخو المسلمِ، لا يحلُّ لمُسْلِمٍ باع من أخيه بيعًا يعلمُ فيه عيبًا إلَّا بيَّنَهُ له**»[٣] وهذا يدل علىٰ أن كتمان العيب لا يجوز، وبيانه واجب.

ومن القياس: أنه مرفقٌ فِي البيع لا يثبت إلا بشرط، فوجب أن لا يثبت مع الجهالة، أصله: الخيار، والأجل، والضمين، والرهن، ولأنه عيبٌ لم يقف عليه المشتري، فوجب أن يثبت له رد المبيع علىٰ صفته، أصله: إذا لم يبرأ منه.

وفيه احترازٌ من حدوث العيب عنده؛ لأنه ليس علىٰ صفته، وفيه احترازٌ من الرضا بالعيب بعد الوقوف عليه؛ لأنه قد ثبت له الرد ثم سقط.

وفيه طريقة أخرى، وهو أن يدل علىٰ أن الإبراء من المجهول لا يصح، والدليلُ عليه أنه تبرع لا يصِحُّ تعليقُه بصفة، فوجب أن لا يصِحُّ فِي المجهول، أصله: الهبة.

فإن قال المخالف: المعنىٰ فِي الهبة أن فيها تسليمًا، والجهالة تمنع من

= بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل، واستنكره أحمد وغيره.. بيان الوهم والإيهام (٥/ ٧٧٤) والبدر المنير (٦/ ٤٩٧- ٤٩٨).

(١) أخرجه أحمد (٨٨٨٤) ومسلم (١٥١٣) وأبو داود (٣٣٧٦) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه البخاري (٢١١٠) ومسلم (١٥٣٢).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٢٤٦).

التسليم، وليس كذلك الإبراء فإنه ليس فيه تسليم، فلم يحتج إلىٰ العلم به.

فالجوابُ أنه ينتقض بالوصية والإقرار بالمال فإن فيهما تسليمًا واجبًا، ومع ذلك فإنهما يصحان فِي المجهول.

وفِي المسألة طريقة أخرى، وهو أن نفرض المسألة فيمن شرط البراءة مما يحدث فِي يده من العيب، فإن سلَّموا ذلك قلنا براءة من عيب مجهول فوجب أن لا يصح، أصله: ذلك.

وإن لم يسلموا قلنا: لا يجوزُ أن يبرأ من عيب يحدث؛ لأنه يكون تبرئة للبائع من الضمان قبل التسليم، وهذا لا يجوز، كما إذا أبرأه من ضمان جميع الثمن إذا تلف فِي يده، فإن ذلك لا يجوز.

وإذا قلنا بأنه لا يبرأ إلا من عيب واحد وهو العيب الباطن فِي الحيوان، فوجهه ما روي[١] أن عبد الله بن عمر باع عبدًا له بالبراءة بثمانمائة درهم، ثم إن صاحب العبد خاصم عبد الله بن عمر إلىٰ عثمان فقال: باعني عبدًا وبه داء قد عرفه ولم يبينه لي، فقال ابنُ عمر: قد بعتُه بالبراءة، فقال له عثمان: تحلف بالله لقد بعتَه وما به داءٌ علمتَه، فأبىٰ ابنُ عمر أن يحلف، فرد العبد، قال سالم: ثم زال ذلك الداء عنه عند عبد الله بن عمر وصح منه، فباعه بألف [وأربعمائة درهم][٢].

فدل قول عثمان رضي الله عنه علىٰ أن البراءة لا تصح من داء علمه، وتصح البراءة من عيب لم يعلمه.

فإن قيل: عبد الله بن عمر مخالف لعثمان فِي ذلك.

---

(١) أخرجه مالك (٢/ ٦١٣) وابن أبي شيبة (٢١٢٠١، ٢١٥٠٤، ٢٢٢٢٦) وابن المنذر (٦٥٧٤) والبيهقي (١٠٧٨٧) وفي المعرفة (١١٣٨٨).

(٢) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

فالجوابُ: أن عبد الله بن عمر يجوز أن يكون قد تبرأ من عيب لم يعلمه، وامتنع من اليمين تنزُّهًا من اليمين، كما فعل عثمان، وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء فيقال: بيمينه[١].

فإذا احتمل ذلك لم يجز أن يجعل لعبد الله بن عمر مذهب بخلاف مذهب عثمان بالشك، وإذا لم يجز ذلك سقطت المعارضة.

وأيضًا قال الشافعيُّ: إن الحيوان يفارق ما سواه، لأنه يغتذي بالصحة والسقم وتحول طبائعه، وقلَّ ما يبرأ من عيب يخفىٰ أو يظهر، فإذا كان كذلك كان به حاجة إلىٰ التبري من عيبه الباطن؛ لأنه يحصل فِي باطنه عيب لا سبيل إلىٰ الوقوف عليه وبيانه وتسميته للمشتري وتوقيفه عليه، والغرر يسقط حكمه بالحاجة والضرورة.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»، فهو أنه روي فِي هذا الحديث: «ما يوافق الحق منها»[٢]، وروي ما يعارضه وهو قوله ﷺ: «**كلُّ شرطٍ ليسَ فِي كتابِ الله تَعَالى، فهو باطلٌ**»[٣]، وما روي أنه نهىٰ ﷺ عن بيع وشرط[٤].

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على العيب الباطن الذي فِي

---

(١) أخرجه البيهقي (٢٠٦٩٨) عن الشافعي، قال: وبلغني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حلف علىٰ المنبر في خصومة كانت بينه وبين رجل، وأن عثمان رضي الله عنه ردت عليه اليمين علىٰ المنبر، فاتقاها، وافتدىٰ منها، وقال: أخاف أن يوافق قدر بلاء، فيقال: بيمينه.

(٢) أخرجه ابن الجارود في المنتقىٰ (١٠٠١) والبيهقي (١١٤٢٩) وفي السنن الصغير (٢١٠٥) وفي شعب الإيمان (٤٠٣٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) أخرجه البخاري (٢١٥٥) ومسلم (١٥٠٤) عن عائشة رضي الله عنها.

(٤) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤٣٦١) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل، واستنكره أحمد وغيره.. بيان الوهم والإيهام (٥/ ٧٧٤) والبدر المنير (٦/ ٤٩٧ - ٤٩٨).

الحيوان وهو لا يعلمه، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك علىٰ أحد الأقوال، وقد بينا ذلك، وإن سلمناه فالفرق بين هذا العيب وبين العيب الباطن الذي لا يعلمه، والعيب الظاهر الذي يعلمه أو لا يعلمه هو أنه يمكن تسميته وتوقيف المشتري عليه، ويزول الغرر فيه، وليس كذلك الباطن الذي لا يعلمه، فإنه لا يمكنه الوقوف عليه، وقد يكون به عيبٌ يظهر بعده، ولا سبيل له فِي الحال إلىٰ معرفته، وليس كذلك سائر عيوب الحيوان وغير الحيوان، فإنه يمكن الوقوف عليه.

وأما الجوابُ عن حديثِ أم سلمة، فهو أنَّا نصحح التحليل بأن نجعله معلومًا فنقول: ما بين كذا وكذا.

وأما الجوابُ عن قصة بني جَذِيمة[1]، فهو أن له وجهًا صحيحًا، وهو أنهم إذا قبضوه صار دينًا عليهم، فإذا كان لهم مثله تقاصَّا وسقطا وبرئ من عليه الدين بالقصاص دون الإبراء، فإذا احتمل هذا، سقط الاحتجاج به.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على الطلاق والعتاق، فإن المعنىٰ فيهما أنهما يتعلقان بالغرر، وهو إذا علقا بالصفة فصحا فِي المجهول، والرد بالعيب لا يجوزُ تعليقهما بالغرر، والتبرع إذا تم تعليقُه بالغرر لم يصح فِي المجهول كالهبة، والله الموفق للصواب.

فَرع

إذا باع شيئًا يكون مأكوله فِي جوفه، مثل الرمان، والبطيخ، والبيض، والجوز، واللوز، وشَرَطَ البراءةَ من عيبه، فإن أصحابنا قالوا: هو بمنزلة ما عدا الحيوان، فيكون علىٰ قولين؛ أحدهما: لا يبرأ، والثاني: يبرأ من جميع العيوب، ولا يجيء فيه القول الثالث وهو الفرق بين العيب الظاهر والعيب

(١) وهو حديث: اللهم إني أبرأ إليك...

الباطن الذي لا يعلمه باتفاق أصحابنا.

فإن قيل: هذه الأشياء لها باطنٌ كباطن[١] الحيوان فكان يجب أن تكون بمنزلة الحيوان.

فالجوابُ: أنه يخالف باطنَ الحيوان؛ لأن الحيوان يغتذي بالصحة والسقم وتحول طبائعه، وقلَّ ما يبرأ من عيب يخفىٰ أو يظهر فيحصل فيه داء لا يعرف ويزول وهو لا يعرف[٢]، وليس كذلك باطن هذه الأشياء، فإن ما يحدث فيها من العفونة والفساد، يُوقف[٣] عليه، ولأنه لا يمكنه أن يبرأ من معلوم بأن يقول[٤]، وليس كذلك مرض الحيوان فإنه غير مضبوط، فلا يمكن البراءة من شيء معلوم.

فَرع

إذا باع بشرط البراءة من عيوبه، فكل موضع قلنا إن الشرط جائز صحيح فإن البيع جائز، وكل موضع قلنا إن الشرط باطل فهل يبطل البيع؟ وجهان؛ أحدهما: لا يبطل البيع، ويكون له رده أو الرضا به، ووجهه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن ابن عمر باع عبدًا بشرط البراءة من زيد بن ثابت[٥]، وإذا قلنا لا يجوز، فوجهه أنه شرط يقتضي جزءًا من الثمن، فإذا كان فاسدًا ووجب

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٢) والفرق بين الحيوان وغيره أن علل الحيوانات كثيرة، منها ما يظهر ويستدرك سريعًا، ومنها ما يخفىٰ ولا يعلم إلا بعد طول الزمان، فربما يكون به عيب يظهره الحر دون البرد أو البرد دون الحر أو الليل دون النهار أو فصلٌ من السنة دون فصل، وقد يكون به نوع سقم وداء كامن، وهو لا يقف عن الاغتذاء ولا يزال تتحول طبائعه وقل ما يوجد بريئًا من كل عيب.

(٣) في (ف، ق): «فوقف» وهو تحريف.

(٤) كذا في النسخ، وفي العبارة قلق واضطراب، بل ليست تامة، والله أعلم.

(٥) سبق قبل قليل.

إسقاطه، وجب أن يزاد الجزء الذي اقتضاه الشرط إلىٰ الثمن، وذلك الجزء مجهول، فيصير الثمن مجهولًا فيفسد البيع، وقيل: شرط فاسد قارن البيع فلا يصح، كسائر الشروط الفاسدة.

فَرع

إذا اشترىٰ ثوبًا فقطعه، ثم باعه أو صبغه، ثم باعه، ثم علم بعيبه، فلا يرجع بأرش العيب؛ لأنا إذا اعتبرنا سلامة بدله فلا يرجع بأرش العيب؛ لأنه قد سلم علىٰ الصحة، وإن اعتبرنا إمكان الرد فقد قال أبو العباس بن سريج مما فرع علىٰ «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن: لا يرجع بأرش العيب؛ لأنه لم ييأس من رده، لأنه إن قبله قبله البائع مع القطع الحادث عنده لم يكن له أرش، وكذلك إن قبل الثوب المصبوغ وأعطاه قيمة الصبغ لم يكن له إلا الرد.

فَرع

إذا وكَّل رجلٌ رجلًا فِي بيع عبد فباعه، فأصاب المشتري فِي العبد عيبًا، فرده علىٰ الوكيل، فأراد الوكيل رده علىٰ موكله واسترجاع الثمن منه، نُظِر فيه:

فإن كان العيبُ جراحةً قد برأت، أو إصبعًا قُطعت وبرأ موضِعُها، فلا يجوزُ أن يكون حادثًا فِي يد المشتري، فإنه يرده علىٰ موكله، وليس له أن يمتنع منه؛ لأن هذا العيب كان موجودًا فِي ملكه قبل البيع، فلزمه حكم الرد.

وإن كان العيبُ مما يجوز حدوثه، إلا أن المشتري أقام البينة علىٰ أنه كان قبل البيع، فرده علىٰ الوكيل، كان للوكيل رده علىٰ الموكل.

وإن كان الوكيل صدق المشتري برده عليه، فقال الموكل: «هذا العيب

حدث فِي يد المشتري»، فصدقه علىٰ الكذب، كان القول قول الموكل مع يمينه، وكان علىٰ الوكيل رد الثمن من مال نفسه، ولا يجب علىٰ الموكل رد الثمن.

وكذلك إذا جحده الوكيل، إلا أنه نكل عن اليمين، فردت اليمين علىٰ المشتري فحلف فرد عليه لم يجب علىٰ الموكل قبوله؛ لأن ذلك يجري مجرىٰ الإقرار من الوكيل؛ لأن النكول[1] من جهته، فهو متهم فيه، فكان بمنزلة الإقرار.

فَرع

إذا باع رجلٌ من رجلين عبدًا، فغاب أحدُهما وأَحضَر الآخر نصف الثمن، وطالب بتسليم نصيبه، أجبر البائع عليه، وقال أبو حنيفة: لا يجبر؛ لأن فيه تبعيض الصفقة، وهذا غيرُ صحيح؛ لأن ذلك صفقتان، وقد دللنا علىٰ ذلك فيما مضىٰ، فأغنىٰ عن الإعادة.



(١) في (ق): «التوكل» وهو تحريف.

باب الاستبراءِ في البيع

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (إِذَا بَاعَهُ جَارِيَةً لَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنْهُمَا[١] مُوَاضَعَةٌ)[٢].

وهذا كما قال.. قد بينا مسائل الاستبراء فِي كتاب العِدد، واستقصينا الكلام فيها، فأغنىٰ عن الإعادة هاهنا.

وجملتُهُ: أن الاستبراء واجبٌ علىٰ المشتري، ويُستحب للبائع قبل أن يبيعها إذا كان قد وطئها، وليس بواجب عليه، وإن باعها ولم يستبرئها كان البيع جائزًا، ولم يأثم ببيعها قبل الاستبراء.

وقال عثمان البَتِّي: يجب الاستبراء علىٰ البائع، ولا يجب علىٰ المشتري.

وقال سفيان الثوري: يجب الاستبراء علىٰ البائع من مائه، ويجب علىٰ المشتري لاستحداث الملك عليها، وبه قال الحسن البصري، وابن سيرين.

فأما الدليل علىٰ عثمان البتِّي، فما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «[لا تُوطَأ][٣] **حامِلٌ حتى تَضَعَ، ولا حائلٌ حتَّى تَحِيضَ**»[٤] فأوجب الاستبراء علىٰ من يريد الوطء، وهو الذي انتقل الملك إليه.

وأيضًا فإن الوطء إذا كان فِي الملك، ووجب الاستبراء لزوال الملك، فالاستبراء بعد زواله، أصله: النكاح، وكذلك إذا أراد أن يعتقها، يجب

---

(١) سيأتي بعد قليل، وفيه: «لم يكن لأحد منهما فيها».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٢).

(٣) ليس في (ق).

(٤) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

الاستبراء بعد زوال ملكه، فكذلك هاهنا.

وأما الدليلُ علىٰ سفيان الثوري أن العدة آكدُ من الاستبراء؛ لأن من شرطها العدد، ولا تجب العدد فِي الاستبراء، فإذا لم تجب عدتان وإنما تجب عدة واحدة، فلأن يكون الاستبراء واحدًا أولىٰ وأحرىٰ، ولأن الواطئ لا يجب عليه أن يستبرئ من مائه، ألا ترىٰ أنه إذا استبرأ امرأته كان له أن يطأها، ولا يجب عليه أن يستبرئها، وإنما يستحب له ذلك ليتميز ماء النكاح من ماء الملك، ولا يجوزُ الوطء فِي زمان الاستبراء.

قال فِي «الأم»[(١)]: (ولا يجوزُ أن يتلذذ منها بمباشرة، ولا قبلة، ولا جس، ولا تجريد[(٢)]، ولا ينظر بشهوة، من قِبَلِ (أنه قد)[(٣)] يظهر بِها حملٌ من بائعها، فيكون قد استمتع بأم ولد غيره).

والمسبية لا يجوزُ له وطؤها فِي حال استبرائها، وهل يجوز له أن يُقبلها؟ وجهان؛ أحدهما: لا يجوزُ قياسًا علىٰ المشتراة، والثاني: يجوز وهو المشهور؛ لأن ابن عمر قبَّل جارية فِي السبي - وهو بحضرة الناس - فلم ينكر عليه أحد[(٤)]، ولأنها وإن كانت حاملًا فإنها ملكه، وليس كذلك المشتراة، فإنها إذا كانت حاملًا كانت أم ولد لغيره، ولا يكون ملكًا له.

ولا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة، بكرًا أو ثيبًا، اشتراها من امرأة أو

---

(١) الأم (٥/ ١٠٤).

(٢) في (ف، ق): «تحريك» وهو تحريف، والمثبت من الأم.

(٣) في (ف، ق): «أن» والمثبت من الأم.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٩٢١) وابن المنذر في الأوسط (٨٥٤٣) وقال ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٢٦٢): وهذا الأثر لم أر من أخرجه عنه إلا ابن المنذر فإنه ذكره في إشرافه بغير إسناد.. وأسنده في كتابه «الأوسط» ومنه نقلت بعد أن لم أظفر به إلا بعد عشرين سنة من تبييض هذا الكتاب، فاستفده، ولله الحمد.

من رجل، فحل أو خصي، كل ذلك واحد.

فإن قيل: إذا كان الاستبراء من خوف الحبل، وجب أن لا يجب استبراء الصغيرة أو البكر.

والجوابُ: أن الاستبراء قد يجب للتعبد مع التيقن لبراءة الرحم، كما تجب العدة مع جواز شغل الرحم، ومع التيقن لبراءته، وهو إذا قال لها «إذا وضعت ما فِي جوفك فأنت طالق ثلاثًا»، فوضعت، طلقت ثلاثًا، ووجبت عليها العدة مع تحققنا لبراءة رحمها من مائه، علىٰ طريق التعبد، فكذلك هاهنا.

والاستبراء بحيضة كاملة، وفيه قول آخر أنه بطُهْرٍ قياسًا علىٰ العدة، والأول أصح لقول النبي ﷺ: «**لا تُوطَأُ حامِلٌ حتى تضعَ ولا حائلٌ حتَّى تحيضَ حيضةً**»[1]، وإذا قبضها المشتري واستبرأها فِي يده صح الاستبراء.

وإن لم يقبضها وحاضت فِي يد البائع مع انقطاع الخيار بينهما ففيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأن البيع قد لزم، وملك المشتري قد تم، وجواز الانفساخ بتلف المبيع لا يمنع من الاعتداد بذلك، كما إذا استبرأها ووجد بها عيبًا صح الاستبراء، وكان له أن يرضاها ويطأها، وإن كان له فسخ البيع لأجل العيب.

والثاني: لا يعتد به؛ لأن الضمان لم ينتقل إليه، ولا يجوزُ له التصرف فيها، وإن قبضها وبينهما خيار فحاضت أو ولدت، فإن الشافعي قال فِي «الأم»: إذا كان الخيار للبائع لم يعتد به، وإن كان الخيار للمشتري يعتد به؛ لأن الخيار إذا كان له وحده يصح تصرفه لو باع أو وهب أو كاتب.. نصه فِي

(١) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.

«الأم»[1].. وقال أبو إسحاق فِي «الشرح»: ويبنىٰ ذلك علىٰ الملك، سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما، أو كان ذلك فِي خيار المجلس، فإذا قلنا الملك للبائع لم يصح الاستبراء، وإذا قلنا الملك للمشتري ففيه وجهان، والله الموفق للصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وَإِذَا بَاعَهُ جَارِيَةً لَمْ يَكُنْ لِأَحَدٍ مِنْهُمَا فِيهَا مُوَاضَعَةٌ، فَإِذَا دَفَعَ الثَّمَنَ لَزِمَ الْبَائِعَ التَّسْلِيمُ، وَلَا يُجْبَرُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى إِخْرَاجِ مِلْكِهِ مِنْ يَدِهِ إِلَى غَيْرِهِ)[2] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. إذا باع رجلٌ من رجل جاريةً، وسلَّم المشتري ثمنها إلىٰ البائع كان له مطالبته بتسليم الجارية إليه، وهو يستبرئها عنده. وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: البائعُ بالخيار بين أن يأمن المشتري عليها فيسلمها إليه ليستبرئها عنده، وبين أن يمتنع من تسليمها فتوضع علىٰ يدي عدل حتىٰ تمر بها حيضة.

هذا إذا كانت جميلة، فأما إذا كانت قبيحة تصلح للخدمة، أُجبر علىٰ تسليمها إلىٰ المشتري.

واحتج من نصر ذلك بأن البائع إذا قال «لا أسلمها إليك ولا آمنك عليها حتىٰ تمر بها حيضة»، وقال المشتري «لا أتركها فِي يدك ولا آمنك عليها»، وتشاحَّا، كان أعدل الأمور أن توضع علىٰ يدي عدل حتىٰ تمر بها حيضة،

---

(١) الأم (٥/ ١٠٥).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٢).

وتزول ظِنة كلِّ واحدٍ منهما.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة قولنا ما روي عن النبيِّ ﷺ قال: «**المسلمونَ مُسَلَّطونَ على أملاكِهِم**»[1] وهذه الجارية ملك المشتري، فوجب أن يكون مسلطًا علىٰ قبضها ونقلها إلىٰ عنده.

ومن القياس: أنه بيع عين لا خيار فيه، فإذا نقد المشتري الثمن وجب تسليمها إليه، أصلها سائر الأعيان المبيعة، وفيه احترازٌ من المشتري إذا نقد الثمن فِي مدة الخيار، فإنه لا يجب علىٰ البائع تسليمها؛ لأن المشتري لا يجب عليه نقد الثمن، وإنما هو متبرع بذلك، فلا يجب علىٰ البائع تسليم المبيع مع بقاء حقه فِي فسخ البيع.

وإن شئت قلت: نقد الثمن فِي بيع مطلق، وفيه احترازٌ من بيع السلم وبيع شرط فيه الخيار؛ لأنه ليس بمطلق.

واستدلال من هذا، وهو أن عند مالك لا يجب علىٰ المشتري تسليم الثمن فِي مدة الاستبراء، وهذا يؤدي إلىٰ فساد البيع؛ لأن زمان الحيضة قد يطول وقد يقصر، وهو مجهول، ولا يجوزُ أن يتعلق استحقاق الثمن بزمان مجهول.

وأيضًا أنه استبراء وجب لاستحداث الملك، فلا يجوزُ نقلها فيه من يد المالك، أصله: الاستبراء للسبية، وأيضًا فإنه استبراء واجب أن تستوي فيه المليحة والقبيحة، أصله: الاستبراء للسبي.

فإن قيل: السابي قد ملك الجارية والمشتري لم يملكها لجواز أن تكون حاملًا من البائع فتكون أم ولد له، ولم يملكها المشتري، فلهذا أخرجت من يده.

---

(١) لم نقف علىٰ تخريجه.

فالجوابُ: أن هذا غلط؛ لأن الجارية ملك للمشتري، وقد صح البيع وانتقل الملك إليه، وجواز أن تكون حاملًا لا يمنع انتقال الملك فيها، كما لم يمنع صحة البيع فِي الظاهر.

وأيضًا قال الشافعي[١]: هذا يؤدي إلىٰ أن يكون بيع بشرط تأخير التسليم وهذا لا يجوز؛ لأنه ليس ببيع عين معجلة ولا بيع صفة إلىٰ أجل، والبيع إذا خرج عن النوعين جميعًا لم يكن صحيحًا.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أن أعدل الأمور وضعها علىٰ يدي عدل فمن وجوه:

أحدها: أنه ليس له أن يتهم؛ لأن الظاهر من المسلم العدل أنه يمتنع مما يكف عنه الإسلام، فإذا كان كذلك لم يكن للتهمة حكم، كما لو قال البائع: استبرئها فِي يدي ولا أسلم للعدل للتهمة، وإذا لم يجز أن يقال هذا فِي العدل لم يجز أن يقال فِي المشتري.

والثاني: أن ذلك لا يجوزُ له أن يقول؛ لأنه قد أبطل حقه بالبيع، ونقل ملكه بعوض حصل له، فلزمه تسليمها إلىٰ مالكها.

والثالث: أنه يبطل بها إذا كانت قبيحة.

فإذا ثبت أن المشتري لا يجبر علىٰ وضعها علىٰ يدي عدل وإن رضي بذلك، ووضعت عند عدل حتىٰ تستبرأ، ينظر، فإن قبضها المشتري ثم سلمها إلىٰ العدل كانت من ضمان المشتري؛ لأن الضمان قد انتقل إليه بالقبض، وإن سلمها البائع إلىٰ العدل ولم يقبضها المشتري قال الشافعي[٢]: كانت من ضمان البائع، فإن تلفت أو حدث بها عيبٌ عند العدل انفسخ البيع

---

(١) الأم (٥/ ١٠٥).

(٢) الأم (٥/ ١٠٥).

بالتلف، وثبت الخيار بحدوث العيب.

وإن اشتراها وشرط البائع علىٰ المشتري وضعها علىٰ يد العدل، قال الشافعي فِي «الأم»(١): كان الشراء فاسدًا لما ذكرتُ أنها لا مشتراة شراء العين فيكون لصاحبها أخذها، ولا بيع الصفة فيكون الأجل معلومًا، ولا يجوزُ بيع العين الواحد(٢)، وجملتُهُ أنه بيعُ عينٍ إلىٰ أجل، وهذا لا يجوز، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: (وَلَا لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ حَمِيلًا بِعُهْـدَةٍ وَلَا وَجْـهٍ، وَإِنَّمَا التَّحَفُّظُ قَبْلَ الشِّرَاءِ)(٣).

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ جارية شراءً مطلقًا لم يكن للمشتري أن يقول للبائع «أعطني كفيلًا بالثمن أو بيديك فإنني لا آمن أن تكون هي أم ولدك»، وإنما كان كذلك لأن العقد وقع مطلقًا من غير شرط الكفيل، فلم يجز له المطالبة بعده بالكفيل، وهذا كما لو باع بثمن مؤجَّل لم يجز أن يقول «إني لا آمن أن تغيب فلا أصِلُ إليك فِي محل الثمن، فأقم لي كفيلًا»، فكذلك هاهنا.

وكذلك لا يجوزُ أن يشتري عينًا من الأعيان مطلقًا ثم يطالبه بكفيل ويقول: «لا آمن أن يخرج مغصوبًا أو مستحقًّا بوجه من الوجوه، أو سارقًا أو آبقًا فأرجع إلىٰ الكفيل»، وإذا لم يجز هذا، فكذلك فِي مسألتنا مثله، والله الموفق للصواب.

---

(١) الأم (٥/ ١٠٥).

(٢) كذا في (ف) ، وفي (ق): ولا يخرج بيع الواحد.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٢).

• فَصْلٌ •

إذا اشترى جارية فِي حال حيضها، لم يحتسب ببقية الحيضة(١)**، ووجب أن يستأنف الاستبراء حيضة أخرى،** وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: إن مضىٰ الأقل وبقي الأكثر تحتسب به.

واحتج من نصر قوله بأن الأكثر يقوم مقام جميعه فِي الأصول، ولأن المقصود بمضي الأكثر عند المشتري هو العلم ببراءة الرحم.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة قولنا ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**لا تُوطَأُ حامِلٌ حتى [تضعَ، ولا حائلٌ حتى]**(٢) **تحيضَ حيضةً**»(٣).

وهذا يقتضي حيضة كاملة فِي ملك المشتري، يدل عليه أن الرجل إذا قال لامرأته «إذا حضْتِ فأنت طالق»، فإذا رأت الحيض طلقتْ، [وإذا قال لها «إذا حضْتِ حيضةً فأنت طالق» فإنها لا تطلق حتىٰ تمر حيضة كاملة](٤).

وأيضًا فإنها حيضةٌ حصل بعضُها فِي ملك البائع، فوجب أن لا تحتسب بها من الاستبراء المستحق علىٰ المشتري، أصله: إذا مضىٰ الأكثر فِي ملك البائع.

وأيضًا فإن الحيضة الواحدة لا تتبعض، وإذا كان لا يحتسب ببعضها لم يحتسب بجميعها، ولهذا كملت الحيضة الثانية فِي عدة الأمة؛ لأنها لا تتبعض.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أن أكثر الشيء يقوم مقام جميعه، فهو أن

---

(١) نقله بحر المذهب (٤/ ٥٦٥) عن المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٢) ليس في (ق).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) عن أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) ليس في (ق).

هذا ينتقض بالمشتري إذا حاضت عنده ومضىٰ أكثر الحيضة، لم يجز أن يستمتع بها ولا يكون الأكثر قائمًا مقام الجميع، وكذلك أكثر العدد لا يقوم مقام الجميع فِي إباحة النكاح، [فانتقض ما قالوه][(١)].

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن المقصود من البراءة قد حصل، فهو أنه ينتقض بالحيضة إذا ذهب أكثرها وبقي الأقل.

❀ ❀ ❀

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

باب المرابحة من كتب

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَـإِذَا بَـاعَ مُرَابَحَـةً عَلَى الْعَشَرَـةِ وَاحِـدًا)[1] إِلَى آخِـرِ الْفَصْلِ.

وهذا كما قال.. شرح هذا الباب أضعاف ما ذكره المزني، ونحن نقدِّم عليه فصولًا ونؤخِّر عنه فصولًا، لنستوفِي مسائل الباب، إن شاء الله.

وجملتُهُ أن بيع المرابحة جائز، وهو أن يقول «اشتريتُ هذه السلعة بمائة درهم، وبعتُكها بمائة وربح درهم فِي كل عشرة»، وقبل المشتري ذلك، فهذا بيع جائز، ويكون الثمن مائة درهم وعشرة دراهم، ويسمىٰ هذا الربح: «ده يازده»، وهذه عبارة أعجمية قد ظهرتْ واستعملها أهلُ العراق، وقد ذكرها أهلُ الكوفة فِي كتبهم، وبه قال الفقهاءُ كلهم.

وحُكي عن إسحاق بن راهويه أنه قال: لا يجوز[2]؛ لأن الثمن فِي حال العقد غير معلوم، وإنما يحتاج إلىٰ الحساب ليعلم قدره. قال: وأيضًا روي عن عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنهما كرها بيع المرابحة[3].

وهذا عندنا غيرُ صحيح؛ لأن رأس المال معلوم، وقدر الربح معلوم، فأشبه إذا قال «اشتريت هذه السلعة بعشرة دراهم وبعتُكها بعشرة دراهم أو زيادة درهم»، فيكون الشراء صحيحًا، فكذلك هاهنا.

وأيضًا فإنا أجمعنا علىٰ أنه إذا قال «بعتُك هذه الصُّبْرة كل قفيز بدرهم»

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٢).

(٢) بحر المذهب (٤/ ٥٦٦).

(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٢٢٧٣٥) والسنن الكبرىٰ للبيهقي (١٠٧٩٥).

أنه يجوز، وكذلك «بعتُك هذا القطيع كل شاة بدرهم» أنه يجوز البيع[1]؛ لأن الثمن صار معلومًا فِي التفصيل، فكذلك قوله «علىٰ كل عشرة درهم» قد صار معلومًا فِي التفصيل، علىٰ أن هذا أولىٰ بالجواز؛ لأن عشرات المائة معلومة وقفزان الصُّبْرة غير معلومة حتىٰ تكال.

وأيضًا فإن مائة وعشرة لها عبارتان، إحداهما هذا، والثاني «مائة وزيادة درهم علىٰ كل عشرة» فبأيهما عقد البيع جاز، وهذا كما نقول إنه لا فرق بين أن يقول «بعتُك بأربع عشرة مائة» وبين أن يقول «بألف وأربعمائة»، أو يقول «بعتُك بتسعين» أو يقول «بمائة إلا عشرة».

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن الثمن غير معلوم، فهو أنه غيرُ صحيح؛ لأن الثمن معلوم؛ لأن رأس المال معلوم، والربح معلوم، فمن أين تحصل الجهالة؟!

وأما عبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، فإنهما كرهاه لما فيه من أداء الأمانة، مخافة أن لا يقوم بواجبه.

فإذا ثبت هذا، فإذا اشترىٰ سلعة وأراد أن يبيعها مرابحة، فلا تخلو من ثلاثة أحوال: إما أن تكون كما اشتراها لم يعمل فيها ولم ينفق عليها، أو يكون قد أنفق عليها بأن يكون قد استأجر من عمل فيها مثل القصارة والخياطة والنجارة، وما أشبه ذلك، أو يكون قد عمل فيها بنفسه.

فإن كان صفتها لم تغيرها[2]، فإنه يخبر المشتري بثمنها، وله أن يعبر عنه بعبارات إما أن يقول «اشتريتُها بكذا»، أو يقول «رأس مالي كذا»، أو يقول «قامت عليَّ» أو «ثبتت عليَّ بكذا»، ثم يبين قدر الربح، وأما إن كان قد أعطىٰ

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٢) كذا! ولعل المراد: «فإن كانت علىٰ صفتها ولم يغيرها».

أجرة الصانع فيها فإنه يضيف الأجرة إلىٰ الثمن ويقول «قامت عليَّ»، أو «حصلت عليَّ»، أو «ثبتت عليَّ بكذا» ولا يقول «اشتريتُها بكذا» فإنه يكون كذبًا.

وقال بعض أصحابِنا: لا يقول «رأس مالي كذا»؛ لأن رأس المال هو الذي اشترىٰ به السلعة، ويحتمل عندي أن لا يجوزَ ذلك لأن رأس ماله فيها ما وزنه من ماله[1].

وأما إذا كان قد عمل فيها بنفسه فإنه لا يجوزُ أن يضيف قيمة عمله إلىٰ الثمن بوجه من الوجوه، ولا يجوزُ أن يخبر شراءه إلا بالثمن الذي اشتراه به ويقول: «وعملتُ فيه ما يسوىٰ كذا» فيصور الحال، وإنما كان كذلك؛ لأن عمله لنفسه لا يقتضي عوضًا ولا يستوجب به أجرة، فإذا كان كذلك لم يجز أن يقومه ويضيف قيمته إلىٰ الثمن.

وأيضًا فإن المضارب إذا نادىٰ علىٰ السلعة بنفسه، أو حملها بنفسه، لم يجز أن يأخذ الأجرة من مال المضاربة، ولو استأجر من فعل ذلك أعطي أجرته من مال المضاربة، فكذلك يجب أن يفرق بينهما هاهنا، والله الموفق للصواب.

فرع

إذا اشترىٰ ثوبًا بخمسين فباعه من غلام دكانه ـ وهو حُر ـ ثم اشتراه منه بمائة جاز له عقد البيع مرابحة، وأن يخبر بالثمن الثاني؛ لأن الشراء من غلامه الحر صحيح.

وهل يكره له ذلك أم لا؟ ينظر، فإن كان اعتقد أنه يشتريه منه وقصد

---

(١) نقله بحر المذهب (٤/ ٥٦٦) عن المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

بذلك الزيادة فِي الثمن فإنه يكره ذلك؛ لأنه لو صرَّح بذلك فسد البيع وكل شرط يفسد البيع إذا اعتقده كان مكروهًا.

وهذا كما نقول إنه إذا اعتقد فِي النكاح أن يطلقها كان مكروهًا؛ لأنه لو صرح به فقال: «قبلتُ نكاحها علىٰ أن أطلقها إذا وطئتُها»، فسد العقد علىٰ أحد القولين.

ولا يجوزُ عندي أن يبيع هذا الثوب مرابحة؛ لأن الثمن الثاني مع غلامه زيادة من طريق الغشِّ والخيانة، وإذا باعه مرابحة بهذا الثمن كان للمشتري الخيار.

فَرع

إذا اشترىٰ ثوبًا بمائة وباعه، ثم اشتراه بخمسين، فإنه إذا أراد بيعه مرابحة فإنه يخبر بالثمن خمسين؛ لأنه هو الذي يلي بيع المرابحة، والثمن الأول قد سقط حكمه بالبيع الذي بعده؛ لأن ذلك الملك قد زال وحدث الملك علىٰ الثوب بالثمن الثاني.

فَرع

إذا اشترىٰ ثوبًا بعشرة وباعه بخمسة عشر، [ثم اشتراه بعشرة][1]، وأراد أن يبيعه مرابحة، فإنه يخبر أن شراءه بعشرة، وقال أبو حنيفة: يخبر أن شراءه بخمسة؛ لأنه قد ربح فيه خمسة، فهو يقوِّم عليه بخمسة دراهم.

وهذا غلطٌ؛ لأن الثمن الذي يلي بيع المرابحة عشرة، فجاز أن يخبر بها قياسًا علىٰ البيع الأول، وأيضًا فإنه لو اشتراه بعشرة، وباعه بخمسة، ثم اشتراه بعشرة، كان الثمن الذي يخبر به فِي بيع المرابحة عشرة، ولا يزاد قدر

---

(١) ملحق بحاشية (ق).

الخسران علىٰ الثمن، فكذلك لا يسقط قدر الربح من الثمن؛ لأن النقصان إذا لم يحتسب به لم يجز أن يحتسب عليه بالربح.

وأيضًا نقولُ له: ما تقول إذا اشتراه بعشرة، وباعه بعشرين، ثم اشتراه بعشرة كم يخبر أن شراءه به من الثمن وقد ربح مثل الثمن الذي اشتراه به؟

فإن قال: لا يجوزُ بيعه مرابحة، وهذا مذهبه.

قيل له: هذا شراءٌ صحيحٌ، وثمنٌ معلوم، فوجب أن يجوزَ بيعُه مرابحة، قياسًا علىٰ سائر البيوع، وهذا واضح، وما أدىٰ إلىٰ مخالفة هذا القياس الواضح فإنه مردود.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أنه يقوَّم عليه بخمسة، فهو أنه غيرُ صحيح؛ لأنه يقوَّم عليه بعشرة، وهي التي وَزَنَها من ماله، والربحُ الذي حصل فِي بيع قبله لا يحط من هذا الثمن كما لا يزاد عليه الخسران.

فرع

إذا اشترىٰ ثوبًا بمائة درهم مؤجل إلىٰ سنة، وأراد أن يبيعه مرابحة، لم يجز أن يخبر أن شراءه مائة درهم مطلقًا حتىٰ يبين التأجيل، وإن أطلق ولم يبين كان خيانة، وكان للمشتري الخيار بين فسخه وإمضائه، ذكره القاضي أبو حامد فِي جامعه.

فرع

إذا اشترىٰ ثوبًا بمائة، وباعه علىٰ وضيعة درهم من كل عشرة، كان الثمن الذي يجب علىٰ المشتري تسعين درهمًا.

وأخطأ الشيخ أبو حامد الإسفراييني فِي هذه المسألة فِي التدريس، فقال: يكون الثمن تسعين درهمًا ودرهم إلا جزءًا من أحد عشر جزءًا من

درهم، وهذا غلطٌ؛ لأن ذلك إذا كان قد باع علىٰ وضيعة «ده يازده»، وهو أن يوضع من كل أحد عشر درهمًا درهم، فأما فِي هذه المسألة فلا يكون إلا تسعين من غير زيادة، كما لو قال «بعتُك علىٰ وضيعة عُشرها»، أو «علىٰ وضيعة عُشر كلِّ عشرة منها»، فإن الثمن يكون تسعين والنقصان عشرة، فكذلك هاهنا؛ إذ لا فرق بين أن يقول «علىٰ وضيعة درهم من كل عشرة» كل ذلك واحد[١]، ولأنه إذا قال «بعتُك علىٰ زيادة درهم علىٰ كل عشرة» تكون الزيادة عشرة، فكذلك النقصان يجب أن يكون عشرة، وهذا لا شبهة فيه.

فرع

إذا قال «اشتريتُه بمائة، وبعتُ علىٰ وضيعة ده يازده» ومعناه: نقصان درهم من كل أحد عشر درهمًا، أو قال «بعتُك علىٰ وضيعة درهم من كل أحد عشر درهمًا»، أو «نقصان درهم»، أو «حطيطة درهم»، وصرح به، فإن الثمن يكون تسعين درهمًا، ودرهمًا إلا جزءًا من أحد عشر جزءًا من درهم.
وقال أبو ثور: يكون الثمن تسعين درهمًا من غير زيادة، وبه قال محمد بن الحسن[٢].

وهذا خطأ؛ لأنه لا يجب أن يحط من كل أحد عشر درهمًا درهم، وإذا كان كذلك يجب أن يسقط من تسعة وتسعين درهمًا تسعة[٣] دراهم؛ لأنها تسع مرات أحد عشر، ويبقىٰ درهم من رأس المال، يسقط منه جزء من أحد

---

(١) كذا في النسخ، ويبدو أن في الكلام نقصًا، إذ مقتضىٰ الكلام أنه لا فرق بين كذا وكذا.. ولم يذكر ههنا غير الطرف الأول فقط.
(٢) نقله بحر المذهب (٤/ ٥٧١) عن المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ.
(٣) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

عشر جزءًا من درهم.

وهذا لا إشكال فيه ولا شبهة، ومن أخطأ فِي ذلك إنما يجب أن يكون الخطأ من الذهاب عن معنىٰ هذه اللفظة، وهي وضيعة «ده يازده»، ومن علم أن المراد به أن يوضع درهم من كل أحد عشر درهمًا، ثم أخطأ فِي الجواب، فإنه لا عذر له؛ لأن ذلك مما يعلم ضرورة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ: (إِذَا بَاعَ مُرَابَحَةً عَلَى الْعَشَرَةِ وَاحِدًا، وَقَالَ: قَامَتْ عَلَيَّ بِمِائَةٍ، ثُمَّ قَالَ: «أَخْطَأْت وَلَكِنَّهَا قَامَتْ عَلَيَّ بِتِسْعِينَ»، فَهِيَ وَاجِبَةٌ لِلْمُشْتَرِي بِرَأْسِ مَالِهَا وَبِحِصَّتِهِ مِنْ الرِّبْحِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا باع رجلٌ من رجل سلعة علىٰ ربح «ده يازده» وهو علىٰ ربح درهم كل عشرة وأخبر أنه اشتراها بمائة درهم فِي كل عشرة، وأخبر أنه اشتراها بمائة درهم، وقبل المشتري البيع، وافترقا عن تراضٍ، ثم بان أنه اشتراها بتسعين درهمًا، فإن الكلام فِي هذه المسألة فِي فصول؛ **أحدها:** فِي صحة البيع، **والثاني:** فِي قدر الثمن، **والثالث:** فِي خيار المشتري والبائع.

فأما البيعُ فإنه صحيح، وحكىٰ القاضي أبو حامد فِي «الجامع» وجهًا آخر فيه أنه لا يجوز، وهو مذهب مالك.

واحتج من نَصَر مالكًا بأن الثمن صار مجهولًا، والبيع لا يصِحُّ بالثمن المجهول، وإنما كان مجهولًا؛ لأن العشرة خرجت من أن تكون من الثمن فصار الثمن تسعين وربحها تسعة؛ كان هذا فِي حال العقد مجهولًا، فلم

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٢).

يصح البيع.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأن سقوط بعض الثمن المسمىٰ فِي العقد بضرب من التدليس من جهة البائع لا يفسد العقد، أصله: الرجوع بأرش العيب، وبهذا ينتقض ما قاله المخالف.

وجوابٌ آخر، وهو أنَّا لا نسقط من الثمن شيئًا، بل نخير المشتري بين أن يفسخ البيع وبين أن يأخذه بجميع الثمن، فعلىٰ هذا سقط ما قاله، فإذا ثبت أن هذا البيع صحيح، فإن فيه قولين ذكرهما فِي كتاب «اختلاف العراقِيَّيْنِ»(١):

أحدهما: أنه مخير بين أن يأخذ بجميع الثمن، وهو مائة درهم وعشرة دراهم، وبين أن يفسخ البيع ويرد المبيع بالجميع.

والثاني: أنه يأخذه بتسعة وتسعين درهمًا.

فإذا قلنا يأخذ ويرد، فوجهه أن الثمن المسمىٰ فِي العقد هو المائة وربحها، فإذا بان تدليسٌ من جهة البائع ثبت الخيار بين فسخ البيع وبين إجازته بالثمن المسمىٰ، أصله: إذا وجد به عيبًا.

وإذا قلنا يأخذ بتسعة وتسعين، فوجهه أن الثمن هو رأس المال، وقد رابح بزيادة درهم علىٰ كل عشرة، وقد ثبت أن رأس المال هو تسعون درهمًا والربح تسعة، فوجب أن يأخذ ذلك.

---

(١) تثنية عراقي، والمقصود بهما أبو حنيفة ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ، كما شرح ذلك النووي رَحِمَهُ اللَّهُ في تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٢٨٠) قال: العراقيان اللذان يقول في المهذب في مواضع كثيرة: «قال في اختلاف العراقيين» هما أبو حنيفة، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ، وقوله: «العراقيين» بفتح الياء الأولىٰ وكسر النون؛ لأنه مثنىٰ، وإنما ضبطته، لأنه قد يصحف، وهذا كتاب صنفه الشافعي، فذكر فيه المسائل التي اختلفا فيه، ويختار تارة ذاك وتارة يضعفهما، ويختار ثالثًا، وهذا الكتاب هو أحد كُتب الأم، وهو نحو نصف مجلد.

ويخالف هذا وجود العيب، فإن الثمن مع العيب هو المسمىٰ فِي العقد، وليس كذلك هاهنا؛ فإن الثمن هو رأسُ المال والربحُ المشروطُ فيه، وقد ثبت أن رأس المال تسعون، وسقط ما زاد عليه، وخرج من أن يكون ثمنًا.

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا بالقول الأول فإن المشتري مخير بين أن يفسخ البيع وبين أن يجيزه بالثمن المسمىٰ فِي العقد، فإن فسخه فلا تفريع عليه، وإن أجازه لزمه الثمن المسمىٰ فِي العقد وهو مائة وعشرة، ولا خيار للبائع؛ لأنه قد حصل له الثمن الذي سماه ورضي به.

وإذا قلنا يأخذ بتسعة وتسعين درهمًا، فهل يثبت للمشتري الخيار أم لا؟ اختلف أصحابُنا فيه، فمنهُم مَن قال: فيه قولان:

أحدهما: لا خيار له؛ لأن الخيار إنما يثبت فِي موضع النقص والتخيير، والمشتري قد سقط عنه بعضُ الثمن، وحصلت له فائدةٌ، فلم يثبت له الخيار.

والثاني: له الخيار؛ لأنه لا يأمن أن يكون قد خان أو أخطأ، ويكون قد اشترىٰ هذه السلعة بثمانين درهمًا والتي اشتراها بتسعين غيرها، وقد ظهرت منه الخيانة، وذلك يدل علىٰ سهوه أو قصده إلىٰ الخيانة، فوجب أن يثبت له الخيار لئلا يكون فِي الباطن خيانة أو أخطأ فِي شيء آخر.

ولأن المشتري يجوز أن يكون وصيًّا قد أُوصي إليه بأن يشتري رقبةً بمائة وعشرة للعتق، فإذا نقص الثمن لم يجز، أو يكون عليه يمين فإذا اشتراه بأقلَّ حنث فِي يمينه، فإذا كان كذلك وجب أن يثبت له الخيار، وهذا ضعيفٌ جدًّا، وينتقضُ بمن وكَّل رجلًا فِي بيع سلعة بمائة، فباعها بمائة وعشرة، صح البيع ولزم، ولم يكن للموكِّل فيه الخيار؛ لأنه زاده خيرًا.

وإذا وُكِّل فِي شراء سلعة بمائة فاشتراها بتسعين؛ صح ولزم الشراء، ولم

يكن للموكِّل فيه الخيار، وإذا كان كذلك انتقض ما قالوه.

ومِن أصحابِنا مَن قال: إن بانت الخيانة بإقرار البائع لزم المشتري بتسعة وتسعين، وإن بانت بقيام البينة فهل له الخيار؟ قولان.

والفرقُ بينهما أنها إذا بانت بالإقرار فإنها دلت علىٰ ثقته وأمانته فلم تورث تهمة فِي خيانة أخرىٰ، وليس كذلك إذا قامت البينة، فإن التهمة فِي خيانة أخرىٰ موجودة، فكان فيها قولان علىٰ ما تقدم بيانه.

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا للمشتري الخيار فِي فسخ البيع فلا تفريع عليه، وإن أجاز البيع فهل يثبت للبائع الخيار؟ فيه قولان:

أحدهما: يثبت له الخيار؛ لأنه لم يرض إلا بالثمن الذي سماه فِي العقد، فإذا نقص منه وجب أن يثبت له الخيار؛ لأنه لم يسلم له ما شرطه وسماه لنفسه.

والقول الثاني: لا يثبت له الخيار؛ لأنه قد رضي برأس ماله، والربح الذي قد قدره ورضي به، وهذا قد حصل له، فوجب أن لا يثبت له الخيار.

فإذا ثبت هذا، فإن الخيار إنما يثبت مع بقاء السلعة، فأما إذا تلفت السلعة فلا خيار فيه؛ لأن الرد لإزالة الضرر، ولا يجوزُ أن يزيل الضرر عن المشتري ويلحقه بالبائع.

فإذا ثبت هذا، فإن المزني نقل عن الشافعي أنه قال فِي الرد علىٰ مالك فِي إفساده للبيع: ولم أفسد البيع؛ لأنه لم ينعقد علىٰ محرم عليهما معًا، إنما وقع محرمًا علىٰ الخائن منهما كما يدلس له بالعيب، فيكون التدليس محرمًا وما أخذ من ثمنه محرمًا.

واعترض المزني علىٰ ذلك فقال: (أما قولُه لم ينعقد علىٰ محرم عليهما

معًا، إنما وقع محرمًا علىٰ الخائن منهما)[١] ليس بصحيح؛ لأنه لو وقع علىٰ محرم عليهما لكان البيع صحيحًا أيضًا، ألا ترىٰ أنه إذا باع عبدًا بجارية ودلس كلُّ واحدٍ منهما بالعيب كان البيعُ صحيحًا، وإن كان ذلك محرمًا عليهما.

قال المزني: وأما قوله: (فيكون التدليس محرمًا، وما أخذ من ثمنه محرمًا)[٢] غيرُ صحيح؛ لأن التدليس حرام والثمن حلال.

والجوابُ عن السؤال الأول، هو أن الشافعي أراد به أنه وقع محرمًا علىٰ الخائن منهما - أي تحريمُه لمعنىٰ يرجع إلىٰ العاقد من جهة الخيانة، ولا يرجع إلىٰ المعقود عليه، فلم يبطل العقد، ولأنا نبطل العقدَ إذا كان محرمًا لمعنىٰ يرجع إلىٰ المعقود عليه، ألا ترىٰ أن البيع فِي حال النداء إلىٰ صلاة الجمعة صحيح وإن كان محرمًا، فإذا كان مراد الشافعي هذا لم يصح السؤال.

وأما قول الشافعي: «وما أخذ من الثمن محرمًا» فإنما أراد به اكتساب الثمن بالتدليس محرم، والله الموفق للصواب.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وَإِنْ قَالَ: ثَمَنُهَا أَكْثَرُ مِنْ مِائَةٍ، وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ، وَهُوَ مُكَذِّبٌ لَهَا)[٣].

وهذا كما قال.. إذا قال «اشتريتُ هذه السلعة بمائة درهم وبعتكها برأس

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٢).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٢).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٢).

مالي وربح درهم علىٰ كل عشرة»، وقبل المشتري البيع، وافترقا عن تراضٍ، ثم قال البائع «أخطأتُ، وإنما كنتُ قد اشتريتها بمائة وعشرة»، فالمشتري يلزمه مائة وأحد وعشرون درهمًا، فإنه لا يقبل منه؛ لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حقُّ آدمي، فلم يُقبل كما إذا أقر لآدمي بمال ثم رجع عنه.

ويخالف المسألة التي قبلها فإنه ليس برجوع عما أقر به الآدمي، وإنما أقر علىٰ نفسه بما ينفع الآدمي ويضر نفسه، وإن أراد أن يقيم البينة علىٰ ذلك لم تسمع بينته؛ [لأنه قد سبق من إقراره ما يوجب تكذيب بينته، ومن كذب بينة نفسه لا تُقبل بينته][(١)].

وإن طلب يمين المشتري فهل يحلف أم لا؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه يُبنىٰ علىٰ أن رد اليمين بينة أو إقرار، فإذا قلنا بمنزلة البينة لم تعرض اليمين؛ لأنه إذا نكل عنها لم يمكنه ردها، لأنا إذا رددناها كانت بمنزلة البينة، ولا يجوزُ الحكم بالبينة، وإذا قلنا إنها بمنزلة الإقرار عرضت اليمين عليه، فإن حلف برئ، وإن نكل ردت علىٰ البائع، فإذا حلف حكم له بمائة وأحد وعشرين درهمًا.

والطريق الآخر، وهو أنه إن قال: «أنا اشتريت» لم يقبل رجوعه، وإن قال: «وكيلي اشتراه وأخبرني بالثمن، ثم تبينت خطأه»، قبل منه، وهذا كما قال أبو إسحاق فِي الراهن، إذا قال «رهنتُه وأقبضتُه»، ثم رجع وقال «ما كنتُ أقبضتُه»، وطلب يمين المرتهن.

فرع

إذا حط البائع بعض الثمن، فإنه يبرئ ويُنظر، فإن كان كذلك فِي حال

---

(١) ليس في (ق).

بقاء خيار المجلس وحال بقاء خيار الشرط، فإنه يلحق بالعقد ويصير كأن البيع انعقد علىٰ ما بقي، وإذا باعه مرابحة يخبر شراءه بما بقي من الثمن، وإن كان قد حط عنه وأبرأه بعد انقطاع الخيار ولزوم العقد، فإنه لا يلحق بالعقد، وقال أبو حنيفة: يلحق بالعقد.

وهذه المسألة نذكرها فيما بعد، إن شاء الله، ونقول هاهنا: أبرأ بعد انبرام العقد، فوجب أن لا يلحق بالعقد، أصله: إذا أبرأه من جميع الثمن.

فإذا ثبت هذا، فإذا أراد أن يبيعه مرابحة خبر شراءه بالثمن الذي انعقد البيع به.

فرع

إذا اشترىٰ سلعتين بثمنٍ واحدٍ، فإنه يجوز أن يبيع إحداهما مرابحة، ويقسم الثمن عليهما علىٰ قدر قيمتهما، فما يخص كلَّ واحدةٍ منهما فهو ثمنها، وكذلك إذا اشترىٰ قفيزين، جاز أن يبيع أحدهما مرابحة.

وقال أبو حنيفة فِي قفيزين مثل قولنا، وفِي سلعتين لا يجوزُ أن يبيع إحداهما مرابحة؛ لأن التقويم يدخله الاجتهاد وجواز الخطأ بالزيادة والنقصان، فلم يجز بيع إحداهما مرابحة.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأن الثمن ينقسم عليهما علىٰ قدر قيمتهما بمقتضىٰ العقد، وإذا كان ذلك ثمنه بمقتضىٰ العقد جاز بيعه مرابحة كما نقول إذا اشترىٰ قفيزين من الطعام.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن التقويم يدخله الاجتهاد وجواز الخطأ بالزيادة والنقصان، فهو أن جواز[1] الخطأ لا حكم له، والاجتهاد فيه يجري مجرىٰ

---

(١) في (ق): «حكم».

المتيقن فِي وجوب العمل به، ألا ترىٰ أن المتلف يحكم عليه بقيمته ويلزمه أداؤها إلىٰ المتلف عليه، كما يوجب المثل فِي المكيل والموزون، ولأن يد السارق تقطع بتقويم المقومين مع أن الحدود تدرأ بالشبهات، فسقط ما قالوه.

فرع

إذا اشترىٰ سلعةً بعشرة دراهم، ثم باعها بخمسة عشر، ثم اشتراها بعشرة دراهم، وأراد بيعها مرابحة، خبر شراءها بعشرة دراهم، وقال أبو حنيفة: يخبر شراءها بخمسة؛ لأنها حصلت عليه بخمسة، لأنه أخذ خمسة دراهم ربحًا.

وهذا غلطٌ؛ لأن الثمن فِي البيع الذي يلي بيع المرابحة عشرة، فأشبه إذا كان أول البيع.

وأيضًا لو وجب أن ينقص الربح من أصل الثمن، أوجب أن يزاد الخسران علىٰ أصل الثمن، فإذا اشتراها بعشرة وباعها بخمسة، ثم اشتراها بعشرة، وجب أن يخبر شراءها بخمسة عشر، وهذا باطل.

وكذلك حطُّ الربح من رأس المال فِي الشراء الذي بعده باطل، ولا فرق بينهما، ونقول له ما نقول إذا اشترىٰ سلعة بعشرة وباعها بعشرين، ثم اشتراها وأراد بيعها مرابحة، بكم يخبر ثمنها؟ فإن قال «عشرة» ناقض ورجع إلىٰ مذهبنا، وإن قال لا يجوزُ أن يبيعها مرابحة؛ لأنه ربح مثل ثمنها، وهذا مذهبه، فنقول: هذا واضح البطلان؛ لأن ما جاز بيعُه مساومة جاز بيعُه مرابحة، إذا كان ذاكرًا لقدر الثمن، قياسًا علىٰ سائر البيوع.

وأما قولُه إنه حصل عليه بخمسة؛ فغلطٌ قبيحٌ؛ لأنه وزن فيها من ماله عشرة دراهم، فسقط ما قاله.

فَرع

إذا اشترىٰ نخيلًا حائلة فأثمرت فِي يد المشتري، أو ماشية فنتجت فِي يد المشتري، أخذ الثمرة والنتاج، وإذا أراد بيع ذلك مرابحة أن يحط قيمة الثمرة والنتاج من الثمن؛ لأنها حصلت له بعد الشراء لا يتناول البيع، ولا قابله الثمن.

فرع متصل

وكذلك إذا اشترىٰ عبدًا فاستغله، لم يجب أن يضع الغلة من الثمن مرابحة، وإذا اشترىٰ نخيلًا مثمرة، فأراد أن يبيع الأصول مرابحة دون الثمرة قوَّمها وقسم الثمن علىٰ قدر قيمتهما، فما خص الأصولَ فهو ثمنها، ويفارق هذا إذا اشتراها حائلة؛ لأن الثمرة لا يتناولها البيع، وليس كذلك هاهنا، فإن البيع تناولها كما تناول الأصول.

فَرع

إذا اشترىٰ عبدًا فجنىٰ، فتعلق الأرشُ برقبته، ففداه من ماله، فإنه لا يضمُّه إلىٰ الثمن، وإنما كان كذلك لأنه أخرجه لاستبقائه علىٰ ملكه، فأشبه إذا أنفق عليه فِي طعامه وشرابه ودوائه فِي حال مرضه، فإنه لا يضم ذلك إلىٰ ثمنه، والله أعلم.

فَرع

إذا جنىٰ علىٰ العبد وأخذ أرشه فهل يحطه من الثمن؟ وجهان؛ أحدهما: لا يحطه، كما لا يضم إليه ما يفديه به من ماله، والثاني: يحطه، لأنه

أخذه عوضًا عما تناوله البيع، فهو بمنزلة الرجوع بأرش العيب.

فرع

إذا رجع بأرش العيب، كان رأس ماله ما بقي، وإذا باع مرابحة يقول «رأس مالي كذا»، أو «حصل عليَّ بكذا»، ولا يقول «اشتريته بكذا»؛ لأنه اشتراه بالثمن الذي سماه فِي العقد، وإنما الرجوع بأرش العيب إسقاط لبعضه فِي الحال، فإذا قال «اشتريته بكذا» يريد به ما بقي، كان كاذبًا، والله أعلم بالصواب.



بابُ الرجل يبيع الشيء إلى أجل، ثم يشتريه بأقل من الثمن

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَ السِّلْعَةَ إِلَى أَجَلٍ، وَيَشْتَرِيَهَا مِنَ الْمُشْتَرِي بِأَقَلَّ بِنَقْدٍ وَعَرْضٍ إِلَى أَجَلٍ، وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ: إِنَّ امْرَأَةً أَتَتْ عَائِشَةَ رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهَا)[1] إلى آخره.

وهذا كما قال.. إذا باع الرجلُ من رجل سلعةً بألف درهم مؤجَّل إلىٰ شهر، ثم اشتراها منه بخمسمائة نقدًا، فإن البيع الأول والثاني صحيحان، وقال أبو حنيفة، ومالك: يصح الأول ولا يصِحُّ الثاني، ومذهب أبي حنيفة: أنه إذا اشتراها بعرض قيمته أقل جاز، وإن باعه بدنانير بأقل منه لم يجز استحسانًا، والقياس جوازه.

واحتج من نصر قولهما بما روىٰ أبو إسحاق[2] السبِّيعي، عن امرأته العالية بنت أيفع بن شراحيل أنها قالت: دخلتُ وأم ولد لزيد بن أرقم وامرأته علىٰ عائشة رضوان الله عليها، فقالت أم ولد زيد بن أرقم: إني بعتُ غلامًا من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلىٰ العطاء، ثم اشتريتُه منه بستمائة درهم، فقالت لها عائشة: بئس ما شريت، وبئس ما اشتريت، أبلغي زيدَ بنَ أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب[3] ولا تقول عائشة رضي الله عنها ذلك[4] إلا توقيفًا؛ لأن مقادير الإجرام[5] وما فِي ذلك من الإحباط لا

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٣).

(٢) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٤٨١٢، ١٤٨١٣) والدارقطني (٣٠٠٢) والبيهقي (١٠٧٩٩).

(٤) زيادة من عندنا.

(٥) يعني: الآثام والذنوب، والله أعلم.

يعرف إلا بالتوقيف، ولأن ذلك مخالف للقياس، فوجب أن يكون عن نص وتوقيف.

وأيضًا فإن ذلك ذريعة إلىٰ الربا؛ لأنه يعطيه خمسمائة ويأخذ بعد شهر ألف درهم، ويدخل السلعة فيه ليستبيح الربا، وهو العوض الذي جر منفعة.

وهذا غيرُ صحيح؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله عز وجل: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله ﷺ: «**وإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم**»[(١)].

ومن القياس: أنه ثمنٌ يجوزُ بيع السلعة به من غير بائعها فجاز بيعُ السلعة به من بائعها، أصله: مثل الثمن الأول أو أكثر منه أو بسلعة.

وأيضًا فإن كل ثمن يجوز بيع السلعة به من بائعها بعد إيفاء الثمن، جاز بيع السلعة به قبل إيفاء الثمن، أصله: ما ذكرته.

وأيضًا فإن الشافعي قال: المشتري قد ملك السلعة فِي البيع الأول، وجاز له التصرف فيها، فكان تقرير الثمن إليه، وكان له بيعه بما شاء ورضي المشتري.

وأيضًا فإنه لو كان فِي النقصان ربا كان فِي الزيادة ربا، فإن ما لا يجوزُ النقصان عنه الربا لم يجز الزيادة عليه، ولما أجمعنا علىٰ أن الزيادة جائزة فكذلك النقصان.

وأما الجوابُ عن حديثِ عائشة، فمن وجوه:

أحدها: أنه لا يصح؛ لأن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لا يخلو إما أن يكون عندها فِي ذلك نص أو لا يكون، فإن لم يكن فلا يحل أن تضلل وتحبط عمله فيما طريقه الاجتهاد؛ لأن المجتهد إذا أخطأ فله أجر وإذا أصاب فله أجران، وإن

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٧).

كان عندها فيه نص فلا يخلو أن يكون زيد عالمًا بالنص أو غير عالم، فإن لم يكن عالمًا بالنص فإنه لا يلحقه الوعيد، فلا يجوزُ أيضًا أن تضلله، وإن كان عالمًا به فلا يجوزُ أن يضلل أيضًا؛ لأنه لا يجوزُ أن يظن بالصحابي أنه يترك نصَّ النبي ﷺ مع علمه به، فإذا كان كذلك لم يجز أن يكون صحيحًا.

وجوابٌ آخر، وهو أن المخالف لا يقول هذا فِي الإحباط، فإن من باع مثل هذا لم يجب إحباط عمله عند المخالف.

وجوابٌ آخر، وهو أن زيد بن أرقم يخالف فيه، وإذا اختلف الصحابة وجب الرجوع إلىٰ القياس.

وجوابٌ آخر، وهو أنَّا نقولُ بهذا الخبر، وذلك أن عائشة رضي الله عنها إنما ذمته وأنكرت عليه لأنها باعته إلىٰ العطاء، وهذا أجلٌ مجهول، ويدل علىٰ أن إنكارها لهذا أنها أنكرت البيع الأول والبيع الثاني، وإذا حمل علىٰ ما يقول المخالف كان البيع الأول صحيحًا والثاني باطلًا، فإذا كان كذلك لم يصح التعلق به.

وأما قولهم إن ذلك ذريعة إلى الربا، فهو أن هذا من كلام أصحاب مالك، فأما أصحاب أبي حنيفة فليس لهم أن يقولوا ذلك؛ لأنهم يبيحون الذريعة إليه، لأن عندهم إذا باع صاعين من تمر بثمن، ثم اشترىٰ بذلك الثمن صاعًا من تمر جيد جاز.

وعلىٰ أنَّا نقولُ: ليس فِي ذلك ربا؛ لأن خمسمائة ليست بعوض من ألف، وإنما الألفُ عوضٌ من السلعة فِي البيع [الأول، والخمسمائة عوض من][1] الثاني، والله الموفق للصواب.



---

(١) ليس في (ق).

بابُ تفريقِ صفقةِ البيعِ وجمْعِها

◆ قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قَدِ اخْتَلَفَتْ أَقَاوِيلُهُ فِي تَفْرِيقِ صَفْقَةِ الْبَيْعِ وَجَمْعِهَا، وَقَدْ بَيَّضْتُ مَوْضِعَهَا، لِأَكْتُبَ فِيهِ شَرْحَ أَوْلَى قَوْلَيْهِ فِيهِ ذَاكَ، إِنْ شَاءَ اللَّه)[1].

وهذا كما قال.. بيَّض المزني رَحِمَهُ اللَّهُ هذا الباب، وأراد أن ينقل إليه أقاويل الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فِي تفريق الصفقة وجمعها، وعلة ذلك وجملتُهُ: أنه إذا باع رجل من رجل عبدًا وحرًّا صفقة واحدة، أو أمته وأم ولده، أو شاة وخنزيرًا، أو زِقَّ خمر وزِقَّ خل، أو عبدًا له وعبدًا مغصوبًا، فقد اختلف قول الشافعي فِي ذلك علىٰ قولين؛ أحدهما: يبطل العقد فيهما، وبه قال مالك، وداود، والقول الثاني: أن البيع يبطل فيما لا يجوزُ بيعُه، ويصح فيما يصح له بيعُه بانفراده.

وقال أبو حنيفة: يبطل فيهما إذا باع عبدًا وحرًّا، وشاة وخنزيرًا، أو خلًّا وخمرًا، وأما إذا باع أمته وأم ولده صح البيع فِي أمته وبطل فِي أم ولده؛ لأن الحر والخمر والخنزير لا يجوزُ بيعه بحال، وليس بمال فِي حق المسلم، وليس كذلك أم الولد فإنها من جنس المال، وقد يجوز بيعها وهو إذا حكم الحاكم بصحة البيع فإنه يجب إمضاء الحكم فيها لاختلاف الناس فِي جواز بيعها.

قال أبو حنيفة: وإذا باع عبده وعبدًا مغصوبًا صح البيع فِي عبده وكان البيع فِي العبد المغصوب موقوفًا علىٰ الإجازة، فإن أجازه صاحبُه جاز وإن ردَّه بطل.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٣).

فأما توجيه القولين، فإذا قلنا يبطل البيع فيهما فقد اختلف أصحابُنا فِي تعليله، فمنهُم مَن قال: هو جهالة الثمن؛ لأنه إذا سقط الثمن فيما يقابل ما لا يجوزُ كان الثمن الذي يقابل ما يجوز مجهولًا؛ لأن الثمن مقسوم عليهما علىٰ قدر قيمتهما فما يخصُّ كلَّ واحدٍ منهما فِي حال العقد مجهولٌ، وهذا يقتضي فساد البيع، ويكون بمنزلة ما لو قال «بعتُك هذا العبد بقدر قيمته» وهما لا يعلمان قيمة العبد، فإنه لا يصِحُّ فكذلك هاهنا.

ومِن أصحابِنا مَن علل بأن اللفظة الواحدة إذا جمعتْ مباحًا ومحظورًا غلب الحظرُ وفسد العقدُ فيهما، كما نقول: إذا باع درهمًا بدرهمين أو تزوج بأختين فِي عقد واحد، أو بخمس نسوة فِي عقد واحد، فإن العقد يبطل فِي الجميع تغليبًا للحظر، فكذلك هاهنا.

وإذا قلنا إنه يجوز فيما له بيعُه ويبطلُ فيما لا يجوزُ له بيعه - وهو الصحيح الذي نفتي به - فوجهه أنهما عينان، إذا أفرد كلَّ واحدةٍ منهما بالبيع صح البيعُ فِي إحداهما وبطل فِي الأخرىٰ، فإذا جمع بينهما وتميز حكم الانفراد، وجب أن يكون حكمهما حكم الانفراد، أصله: إذا باع شِقصًا من دار أو أرض، وسيفًا أو ثوبًا، فإن الشفعة تثبت فِي الشِّقص ولا تثبت فِي الثوب، ويكون حكمهما إذا جمع بينهما حكم الانفراد، فكذلك هاهنا.

وأيضًا فإنه ليس حمل الجائز علىٰ ما لا يجوزُ بأولىٰ من حمل ما لا يجوزُ علىٰ ما يجوز، وإذا كان كذلك وجب إقرارهما علىٰ حكم الانفراد[١].

وأما الجوابُ عما قلناه للقول الأول من جهالة الثمن، فهو أن لنا فيه قولين؛ أحدهما: يأخذه بجميع الثمن أو يرد، والثاني: بحصته من الثمن أو يرد.

---

(١) وهذا التحرير يدل علىٰ وهم الروياني في بحر المذهب (٥/ ٤) حيث قرر أن اختيار القاضي الطبري بطلان الصفقة في ملك نفسه.

فإذا قلنا يأخذ بجميع الثمن أو يرد، فلا يؤدي إلىٰ جهالة الثمن، فعلىٰ هذا سقط السؤال، وإذا قلنا يأخذ بحصته من الثمن فعلىٰ هذا لا يلزم ما قالوه؛ لأن الثمن المسمىٰ فِي حال العقد كان معلومًا وإنما سقط بعضُه لمعنىٰ فِي العقد وهذا لا يوجب فساد العقد، كما إذا رجع بأرش العيب، كان الثمن ما بقي، ولم يكن هذا معلومًا فِي هذا العقد، ومع ذلك فالبيعُ صحيحٌ بما بقي من الثمن.

وأما الجوابُ عن التعليل الآخر، فهو أن هذا ينتقض بمن باع ما فيه الشفعة وما لا شفعة فيه؛ لأن ما فيه الشفعة يجوزُ للشفيع أخذُه وما لا شفعة فيه لا يجوزُ له أخذُه ولا يجبُ تغليبُ الحظر.

وجوابٌ آخر، وهو أن المعنىٰ فِي الأصل أن الدرهم يجوز بيعه غير متميز، وكذلك الأخت التي لا يجوزُ العقد عليها ليست بمتميزة عن الأخرىٰ، وليست إحداهما ببطلان العقد فيها أولىٰ من الأخرىٰ، فوجب أن يبطل فيهما، وكذلك الخامسة غير متميزة، فبطل العقد فِي الجميع، وليس كذلك العبد والحر، فإن الحر متميز عن العبد، والخنزير متميز عن الشاة، وزق الخمر متميز عن زق الخل، فبطل العقد فيما لا يجوزُ وصح فيما يجوز بيعه[1].

فإذا تقرر القولان، فإذا قلنا بالقول الأول، وهو أن العقد يبطل فيهما، فإن من قال من أصحابنا إن التعليل فيه جهالة العوض، فإنه يقول هذا مقصورٌ علىٰ عينين ينقسمُ الثمنُ عليهما من طريق القيمة، فأما ما ينقسمُ الثمنُ عليهما من طريق الأجزاء، فإن البيع يصح فيما يجوز له بيعُه، ويبطل فيما لا

---

(١) نقله بحر المذهب (٥/ ٥) عن المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وزاد تفريق القاضي الطبري بين المذكاة والميتة، وهذا المثال الأخير لم يقع هنا، فيستفاد من بحر المذهب الروياني.

يجوزُ له بيعه قولًا واحدًا؛ مثل أن يكون بين شريكين قفيزان من طعام، فباع أحدُهما جميعه بغير إذن شريكه، فإن البيع يصح فِي قفيزه قولًا واحدًا؛ لأن حصته من الثمن كانت معلومة فِي حال البيع.

وكذلك ما لا عوض فيه، مثل أن يرهن عبدًا له وعبدًا لغيره، أو عبدًا وحرًّا، جاز فِي عبده قولًا واحدًا؛ لأنه لا عوض فيه ولا توجد فيه جهالة العوض، وكذلك إذا وهبهما صحت الهبة فيما له ولا تصح فيما لا يجوزُ له هبته قولًا واحدًا، وكذلك إذا تزوج بمسلمة ومجوسية، أو بأخته وأجنبية، فإنه يصح فيما يجوز له أن يتزوج بها؛ لأن جهل العوض لا يفسد عقد النكاح.

وأما من علل بأن اللفظة الواحدة جمعت مباحًا ومحظورًا، فإنه يقول: يفسد العقد فِي الجميع فِي هذه المسائل كلها.

وأما إذا قلنا بأن البيع يصح فيما يجوز له بيعُه، ويفسد فيما لا يجوزُ له بيعه، فإن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع فِي الباقي وبين أن يجيزه.

وإنما ثبت له الخيار لأن الصفقة لم تسلم له، وتبعضت عليه، فثبت له الخيار، فإن فسخ البيع فلا تفريع عليه، وإن أجازه ففيه قولان؛ **أحدهما**: يجيزه بجميع الثمن أو يرد، **والثاني**: بحصته من الثمن، وهو الصحيح.

فإذا قلنا يجيزه بجميع الثمن، فوجهه أن حصته من الثمن مجهولة، ولأن طريق ذلك العيب، وقد ثبت أنه إذا وجد بالمبيع عيبًا كان بالخيار بين أن يجيزه بجميع الثمن أو يرد فكذلك هاهنا.

وعلىٰ هذا إذا أجازه المشتري بجميع الثمن لم يكن للبائع الخيار؛ لأنه قد حصل له المقصود وهو الثمن، وإذا قلنا يأخذ بحصته من الثمن فوجهه أن الثمن حصل فِي مقابلة العينين علىٰ قدر قيمتهما، وثمن كل واحدة منهما

ما يخصها، فلا يجوزُ أن يلزمه أن يأخذها بأكثر من ثمنها الذي يقتضيه العقد.

فإذا أجازه بحصته من الثمن، فهل للبائع الخيار؟ وجهان؛ **أحدهما**: له الخيار؛ لأن الصفقة تبعضت عليه فِي الثمن، فوجب أن يثبت له الخيار كما ثبت للمشتري، **والثاني**: لا خيار له؛ لأنه إنما بعَّض هو الصفقة علىٰ نفسه حين أضاف الحر إلىٰ العبد فِي الصفقة، وأضاف ما لا يجوزُ بيعه إلىٰ ما يجوز بيعه، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

وإذا باع معلومًا ومجهولًا فِي صفقة واحدة، فإن البيع باطل فِي الجميع، إلا علىٰ القول الأول الذي يقول إن الصفقة تفرق، ويكون المشتري بالخيار، إن شاء رده وإن شاء أجازه بجميع الثمن، فيكون علىٰ هذا الطريق إن شاء أخذ المعلوم بجميع الثمن وإن شاء رده.

وإذا قلنا إنه يأخذ بحصته من الثمن، فإن التقويم لا يصِحُّ للمجهول، فلا يمكن أن يعرف ما يقابل المعلوم من الثمن، فيكون الثمن مجهولًا، وهذا يفسد البيع، وإن شئت قلت: إذا قلنا فِي المعلومين إذا فسد البيع فِي أحدهما لا تفرق الصفقة ويفسد فيها، فهاهنا أولىٰ بالفساد.

وإذا قلنا تبعض الصفقة، ويأخذ ما لا يجوزُ بيعه بحصته من الثمن، فعلىٰ هذا يفسد البيع فيهما، فإنه لا يمكن معرفة ما يخصه من الثمن؛ لأن المجهول الذي معه لا يمكن معرفة قيمته، فإذا قلنا تبعض الصفقة ويأخذ ما يجوز بيعه بجميع الثمن أو يرد، فكذلك تبعض الصفقة هاهنا، أو يأخذ المعلوم بجميع الثمن أو يرد، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

هذا كله إذا كان الفساد فِي أحدهما مقارنًا للعقد، فأما إذا كان طارئًا بعد العقد وقبل القبض، مثل أن يبيع شيئين فيتلف أحدهما فِي يد البائع، فإن البيع ينفسخ فِي التالف قولًا واحدًا.

وهل ينفسخ فِي الثاني؟ اختلف أصحابُنا فيه؛ فمنهُم مَن قال فيه قولان، كما إذا كان الفساد مقارنًا للعقد ولا فرق بينهما، وكما نقول فِي العيب المقارن للعقد، والعيب الطارئ فِي يد البائع قبل القبض، ولا فرق بينهما، ومنهُم مَن قال: هاهنا تفرق الصفقة قولًا واحدًا، فيكون البيع صحيحًا فِي الثاني، ويأخذ المشتري بحصته من الثمن؛ لأن البيع قد صحَّ فيهما، وانقسم الثمن عليهما علىٰ قدر قيمتهما، وإنما فسد فِي أحدهما لمعنىً يخصه، فلم يفسد العقد فِي الآخر، كما إذا قبضهما ووجد بأحدهما عيبًا فرده دون الآخر، ورضي به البائع صح ذلك، فكذلك هاهنا.

فإذا ثبت هذا فإن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع فِي الباقي لتفرق الصفقة عليه، وبين أن يجيزه، فإن فسخ البيع فلا تفريع عليه، وإن أجازه فإذا قلنا بجميع الثمن أو يرد، فإذا أجازه لم يكن للبائع الخيار؛ لأن جميع الثمن قد سلم له.

وإذا قلنا يأخذه بحصته من الثمن أو يرد فأجازه بحصته من الثمن فهل للبائع الخيار؟ وجهان كما ذكرنا فيما مضىٰ، والله أعلم بالصواب.

❀ ❀ ❀

بابُ اختلاف المتبايعين
وإذا قال كل واحد منهما «لا أدفع حتى أقبض» من كتب

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ ﵁: (أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ بنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَجْلَانَ، عَنْ عَوْنِ بْنِ عَبْدِ اللهِ، عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ، وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ»)[١] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. إذا اختلف المتبايعان فِي مقدار الثمن، فقال البائع «بعتُك بألفين»، وقال المشتري «اشتريتُ بألف»، فإنهما يتحالفان، سواء كانت السلعة قائمة أو تالفة.

وقال أبو حنيفة: إذا كانت السلعة قائمة يتحالفان، وإذا كانت تالفة فالقول قول المشتري مع يمينه، وبه قال أبو يوسف، ورجع محمد بن الحسن إلىٰ قول الشافعي وخالف صاحبيه.

وقال أبو ثور، وزفر[٢]: القول قول المشتري مع يمينه، سواء كانت السلعة قائمة أو تالفة.

وعن مالك روايتان: مثل مذهب زفر وأبي ثور، والأخرىٰ مثل قول أبي حنيفة.

واحتج من نصر قول أبي حنيفة بما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**إذا اختلف المتبايعانِ والسلعةُ قائمةٌ ولا بينةَ بينهما تحالفَا وترادَّا**»[٣]، فشرط قيام السلعة دل علىٰ أن السلعة إذا كانت تالفة لا يتحالفان، وهذا ذكر بعض

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٤).

(٢) وزاد بحر المذهب (٥/ ٨): وداود.

(٣) أخرجه أحمد (٤٤٤٥) وأبو داود (٣٥١١) وابن ماجه (٢١٨٦) عن ابن مسعود ﵁.

أصحاب أبي حنيفة، وذِكر التحالف لا أحفظه فِي شيء من الأخبار عن النبيِّ ﷺ(١).

ومن القياس: أنه فسخٌ يرد علىٰ بيع صحيح، فوجب أن يسقط بتلف المبيع، أصله: الفسخ بالعيب.

وأيضًا فإن القياس يقتضي أن يكون القولُ قولَ المشتري؛ لأنهما اتفقا علىٰ صحة البيع، وانتقال الملك إلىٰ المشتري، وإنما ادعىٰ البائع علىٰ المشتري فضل الثمن فِي ذمته، وهو منكِر، فيجب أن يكون القولُ قولَه مع يمينه، ولكنا تركنا القياس إذا كانت السلعة قائمة للخبر، وإذا كانت السلعة تالفة تركناه علىٰ موجب القياس، وجعلنا القولَ قولَ المشتري مع يمينه.

والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه: ما روىٰ الشافعي(٢) بإسناده عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار**» ومعناه: فالقولُ قولُ البائع مع يمينه، والمبتاعُ بالخيار، إن شاء أخذ بما حلف عليه البائع، [وإن شاء حلف ورده، وإنما جعل القول قول البائع؛ لأنه يبدأ بيمين البائع، فإذا حلف البائع](٣) خُير المشتري.

وأيضًا روىٰ أبو داود(٤) بإسناده، عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «**إذا اختلفَ البيعانِ وليس بينهما بينة، فهو ما يقولُ ربُّ السلعةِ أو يتتاركانِ**» ومعناه يتتاركان بالتحالف، لأنا أجمعنا علىٰ أن

---

(١) كذا في النسخ، والعبارة مضطربة كما هو واضح، ولكن خلاصتها أن التحالف غير محفوظ في الروايات، وسيأتي جواب المصنف عن ذلك.

(٢) في السنن المأثورة (٢٤٤).

(٣) ليس في (ق).

(٤) سنن أبي داود (٣٥١١).

التتارك بغير يمين غير جائز، ولم يفرِّق بين أن تكون السلعة قائمة أو تالفة، فهو علىٰ عمومه.

ومن القياس: أنه اختلاف فِي مقدار العوض المستحق بالعقد مع عدم البينة فوجب أن يتحالفا، أصله: إذا كانت السلعة قائمة.

وأيضًا، فإنا إنما نعرض اليمين عليهما مع بقاء السلعة للردع، والزجر، ورد المبطِلِ منهما إلىٰ الحق، وهذا يوجبُ التسوية بين حال بقاء السلعة وبين حال تلَفها.

وأيضًا، فإنهما إذا تحالفا صار الثمن مجهولًا، ويكون هذا بمنزلة المتوارثين إذا غرقا ولا يُدرىٰ أيهما سبق موتُه، والوليين إذا زوَّج كلُّ واحدٍ منهما مِن زوْجٍ ولم يُعلم أيهما سبق، جُعل كأنهما وقعا معًا، وفُسخ العقدان، فكذلك هاهنا.

وإذا ثبت هذا، وجب أن يكون حال بقاء السلعة وحال تلفها سواء؛ لأن الفسخ لمعنىٰ يرجع إلىٰ العقد وجهالة الثمن.

وأما الجوابُ عما احتجُّوا به من الخبر أنه لا أصل له، ولا يُحفظ التحالف فِي شيء من الأخبار؛ علىٰ أنه استدلال بدليل الخطاب، والمخالف لا يقول به، وأما نحن فنقول بدليل الخطاب، ولكنا نقدم البينة عليه، والبينةُ تدل علىٰ أن السلعة إذا كانت تالفة أولىٰ بالتحالف؛ لأن السلعة إذا كانت قائمة يمكن أن يستدل علىٰ صدق أحدهما ببقائها وقدر قيمتها ولا يمكن ذلك مع تلفها، فإذا أمر بالتحالف فِي حال بقاء السلعة، فوجب أن يكون التحالف فِي حال تلفها أولىٰ، وعلىٰ أن خبرنا مطلقٌ وخبرهم مقيد، ولا يبني أبو حنيفة المطلقَ علىٰ المقيد، فوجب أن يُحمل المطلقُ علىٰ إطلاقه، والمقيد علىٰ تقييده.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الرد بالعيب، فهو أنه منتقضٌ بمن اشترىٰ

جارية بثوب، فسلم الثوب وقبض الجارية، ووجد بها عيبًا وقد تلف الثوب فِي يد صاحبه، فإنه يرد الجارية ويفسخ البيع، ويرجع بقيمة الثوب، وتلفه لا يمنع من ورود الفسخ عليه.

وجوابٌ آخر، وهو أن الفسخ فِي الرد بالعيب إنما هو لأجل رد المبيع بالعيب، والرد قد فات بالتلف فسقط الرد، وليس كذلك هاهنا؛ فإن الفسخ هاهنا لأجل جهالة الثمن، والجهالة أوجبها التحالف، والتحالف وجب لما ذكرتُه من التخويف بالله تعالىٰ، والنزوع عن الكذب، والرجوع إلىٰ الحق، وإذا كان كذلك، وجب أن يستوي حال بقاء السلعة وحال تلفها.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس أن يكون القول قول المشتري، فهو أنَّا لا نسلِّم هذا، بل القياس أن يتحالفا؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما مدعٍ ومدعىٰ عليه، فوجب أن يحلف كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه، كما إذا ادعىٰ رجلٌ علىٰ رجل أنه باع منه سلعته بألف، وادعىٰ عليه الثمن، وقال المشتري: «بل وهبها لي»، وجب أن يتحالفا؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما مُدعٍ علىٰ صاحبه، فوجب أن يحلف كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه، فكذلك هاهنا.

وجوابٌ آخر، وهو أني قد بينتُ أن القياس يقتضي أن يتحالفا، وأن يفسخ البيع بعد التحالف، لجهالة الثمن علىٰ ما سبق بيانه، وإذا كان كذلك كان القياس ما ذكرته، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه من اختلافهما فِي مقدار الثمن، فكذلك إذا اختلفا فِي مقدار المبيع، فقال البائع «بعتُك هذا العبد بألف»، وقال المشتري «بل بعتني هذين العبدين بألف»، فإنهما يتحالفان؛ لأن العلة فِي التحالف فِي مقدار

الثمن أنه[١] اختلاف فِي قدر العوض المستحق بالعقد، وهذه العلة موجودة فِي اختلافهما فِي مقدار المبيع، فوجب أن يتحالفا.

وأيضًا، فإن كلَّ واحدٍ منهما مدَّعٍ ومدَّعىً عليه، فوجب أن يحلف كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه، كما إذا اختلفا فِي الثمن، وهكذا إذا اختلفا فِي الشرط الملحق بالعقد، مثل أن يختلفا فِي الأجل، فقال البائع «بعتُك بألف حال» وقال المشتري «بألفٍ[٢] مؤجل إلىٰ سنة» واختلفا فِي قدر الأجل، فقال البائع «بعتُك بألف إلىٰ سنة»، وقال المشتري «بألف إلىٰ سنتين»، فإنهما يتحالفان.

وكذلك إذا اختلفا فِي الخيار الثلاث أو فِي قدره، أو اختلفا فِي الرهن أو فِي قدره، أو اختلفا فِي شرط الضمان أو فِي شرط الشهادة، فإنهما يتحالفان، وقال أبو حنيفة: القول قول من ينفيه[٣].

واحتج من نصر قوله بأنه اختلافٌ فِي غير[٤] المعقود، فوجب أن لا يتحالفا، أصله: إذا اختلفا فِي العيب ومثله يحدث، فقال البائع «حدث فِي يد المشتري» وقال المشتري «كان فِي يد البائع» فإنهما لا يتحالفان، وإنما يكون القول قول البائع مع يمينه.

وأيضًا، فإنه اختلاف فِي شرط ملحق بالعقد، فوجب أن لا يتحالفا، أصله: إذا اختلفا فِي شرط البراءة من عيوبه.

وأيضًا، فإنهما إنما يتحالفان إذا اختلفا فِي مقدار العوض؛ لأنهما إذا

---

(١) زاد في (ق): «لا» وهي زيادة فاسدة.

(٢) في (ف، ق): «بعتك بألف» وزيادة كلمة «بعتك» فاسدة، لأن هذا كلام المشتري وليس البائع، ويبينه ما بعده.

(٣) ذكر في بحر المذهب (٥/ ٩) أنه قول أبي حنيفة وأحمد، قال: وهذا غلط؛ لأنهما اختلفا في صفة العقد القائم بينهما وليس معهما بينة، فوجب أن يتحالفا كما لو اختلفا في الثمن.

(٤) في (ف، ق): «عين» وهو تحريف.

تحالفا سقط العوض، وسقوطُه يوجب فسخ العقد، وهذه الشروط مخالفة للعوض؛ لأن سقوطها لا يوجب فسخ العقد، ويجوز خلو العقد منها، فلا يجوزُ أن يتحالفا.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، لما روىٰ عبد الله بن مسعود ﵁ عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار**»[1]، ولم يفرق بين الاختلاف فِي الثمن أو فِي الأجل، وقول النبي ﷺ: «**البينةُ على المدَّعِي واليمينُ علي المدَّعَى عليه**»[2]، وكلُّ واحدٍ منهما مدعٍ ومدَّعًىٰ عليه، فوجب أن يحلف كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه.

وأيضًا فإنهما اختلفا فِي صفة العوض فوجب أن يتحالفا، أصله: إذا اختلفا فِي صفة الثمن أو فِي جنسه.

فأما اختلافهما فِي صفته، فهو أن يقول البائع «بعتُك بألف صحاحًا»، وقال المشتري «بمكسرة»، أو قال البائع «بألف بيض»، وقال المشتري «بسود»، أو قال البائع «بدنانير»[3].

وأيضًا فإن الأجل يأخذ قسطًا من الثمن، يدل عليه أنه إذا اشترىٰ سلعة بألف درهم مؤجلة وأراد بيعها مرابحة، لم يجز له أن يخبر بشرائها بألف درهم حالة، كما لا يجوزُ أن يخبر شراءها بأكثر مما اشتراه، وإذا اشترىٰ من رجل سلعة بألف درهم نقدًا ثم اشترىٰ منه بألف درهم مؤجلًا، قال أبو حنيفة: لا يجوزُ أن يشتريه منه بأقل من الثمن.

وإذا ثبت هذا كان الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف فِي مقدار العوض

---

(١) أخرجه أحمد (٤٤٤٤) والترمذي (١٢٧٠).

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٤١) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﵁.

(٣) يعني: وقال المشتري: «بدراهم».

فوجب أن يتحالفا.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الاختلاف فِي عيب يحدث مثله، فمن وجهين:

أحدهما: أنا لا نسلِّم أنه اختلاف فِي غير المعقود؛ لأن هذه الشروط تقتضي جزءًا من الثمن، فيكون الاختلاف فيهما اختلافًا فِي قدر الثمن المعقود عليه.

علىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل: أنه اختلافٌ فِي صفة المبيع دون صفة الواقع عليه، وهذا اختلافٌ فِي صفة العقد الذي عقد عليه، فقال أحدهما: «عقدنا علىٰ شرط كذا»، وقال الآخر: «عقدنا علىٰ شرط كذا»، فإذا كان كذلك وجب التحالف.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أنه اختلاف فِي الشرط الملحق بالعقد، فهو أن البيع بشرط البراءة من عيوبه لا يجوزُ علىٰ أحد الأقوال، وإذا شرط ذلك لم يثبت الشرط وصح البيع، فعلىٰ هذا لا يفيد الاختلاف شيئًا، وإذا قلنا يفسد البيع بهذا الشرط فإن التحالف لا يصِحُّ ويكون القولُ قولَ من ينفِي ما يفسد العقد؛ لأن الظاهر أنه مضىٰ علىٰ الصحة، فإذا قلنا إنه يجوز شرط البراءة من عيوبه، أو قلنا لا يجوزُ إلا فِي العيب الباطن فِي الحيوان الذي لا يعرفه، واختلفا فِي ذلك، فقال البائع «بعتُك علىٰ أنه بريء من كل عيب» أو «من العيب الباطن»، وأنكر المشتري ذلك، فإنهما يتحالفان، فإذا كان كذلك سقط القياس.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن التحالف على هذا لا يوجب فسخ العقد، فهو أنه يوجبه عندنا، لأنهما إذا تحالفا صار العوض مجهول الصفة، فلا يدرىٰ هل وقع علىٰ ثمن حال، أو علىٰ ثمن مؤجل.

• فَصلٌ •

إذا ثبت ما ذكرنا، فإنَّ الشافعي نصَّ فِي «كتاب البيوع» على أنه يبدأ بيمين البائع، وقال فِي «كتاب الصداق»[(١)]: إذا اختلف الزوجان فِي الصداق تحالفا، ويبدأ بيمين الزوج، وهو بمنزلة المشتري، وقال فِي «كتاب الدعوىٰ والبينات»[(٢)] إن بدأ الحاكم بيمين البائع، خُيِّر المشتري بين أن يأخذ بالثمن الذي حلف عليه وبين أن يحلف ويرد، وإن بدأ بيمين المشتري خُيِّر البائع، وظاهره أن الحاكم بالخيار[(٣)].

واختلف أصحابُنا فِي ذلك على طريقين:

أحدهما: أن فيه ثلاثة أقاويل؛ أحدها: أنه يبدأ بيمين البائع، والثاني: يبدأ بيمين المشتري، والثالث: إن شاء بدأ بيمين المشتري، وإن شاء بدأ بيمين البائع.

ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يختلف قولُه أنه يبدأ بيمين البائع، والذي قال فِي اختلاف الزوجين؛ لأن الزوج بمنزلة البائع، فإن البُضع يحصل فِي يده بعد التحالف، والذي قال فِي الدعوىٰ فليس بمذهبه، وإنما أراد به إن كان الحاكم يذهب إلىٰ كذا عمل كذا.

فإذا قلنا يبدأ بيمين المشتري - وهو مذهب أبي حنيفة -[(٤)] فوجهه أنه إذا بدأ بيمينه فإن حلف برئ، وإن نَكَلَ أُلْزِم الثمن بيمينه لنفيها الحكم[(٥)]،

---

(١) الأم (٥/ ٧٨).

(٢) الأم (٦/ ٢٤٥).

(٣) حكاه كذلك الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٠ - ٣٠١) وبحر المذهب (٥/ ١٠)، والبيان (٥/ ٣٦٠)، والعزيز شرح الوجيز (٤/ ٣٨١)، وتكملة المجموع (١٣/ ٤٩).

(٤) وقال به بعض الشافعية كما ذكره السبكي في التكملة (١٣/ ٥٣).

(٥) في (ف، ق): «لبعضها الحكم»! ولا معنىٰ له، وينظر كلام الروياني في البحر (٥/ ١٢) وسيأتي في تعليقي بعد ورقتين.

فكانت البداية به أولىٰ.

ولأن القياس يقتضي أن يكون القولُ قولَ المشتري مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه زيادة الثمن، وكلّ موضع اختلفا فيه وجب أن يجري علىٰ حكم القياس.

وإذا قلنا يبدأ بيمين البائع - وهو المشهور من مذهبنا - فوجهه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**إذا اختلفَ المتبايعانِ فالقولُ قولُ البائعِ، والمبتاعُ بالخيارِ**»[١]، وقوله: «**فهو ما يقول رب السلعة أو يتتاركان**»[٢] أو «**يترادان**»[٣]، وهذا يدل علىٰ أن البداءة بيمين البائع.

وروىٰ أبو بكر النيسابوري[٤]: «إذا اختلف البيعان استحلف البائع، ثم المبتاع بالخيار، إن شاء أخذ وإن شاء ترك»[٥]، وهذا نص.

وأيضًا فإن البائع أقوىٰ حالًا من المشتري؛ لأنهما إذا تحالفا حصل المبيع للبائع، فإذا كان كذلك كان هو أحق بالبدء بيمينه.

وإذا قلنا يبدأ الحاكم بيمين من شاء منهما، فوجهه أنهما تساويا فِي الدعوىٰ، وكلُّ واحدٍ منهما مدَّعٍ ومدَّعىً عليه، فلم يكن لأحدهما علىٰ الآخر مزية، فوجب أن يكون ذلك إلىٰ مشيئة الحاكم، كما نقول فِي رجلين تداعيا شيئًا، وهو فِي يديهما، وكلُّ واحدٍ منهما يدعي أن جميعه له، فإنهما يتحالفان، ويبدأ الحاكم بيمين من شاء منهما، فكذلك هاهنا.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن المشتري إذا عُرضت اليمين عليه فنكل ألزمناه

---

(١) أخرجه أحمد (٤٤٤٤) والترمذي (١٢٧٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه.

(٢) سنن أبي داود (٣٥١١).

(٣) سنن الترمذي (١٢٧٠) وسنن ابن ماجه (٢١٨٦).

(٤) أبو بكر عبد الله بن محمد بن زياد النيسابوري.

(٥) الزيادات علىٰ كتاب المزني (٢٦٥).

الثمن، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك، وعندنا لا يُحكم بالنكول.

وأما قولهم إن القياس أن يحلف المشتري، فالجوابُ أنا لا نسلِّم ذلك، وإنما كلُّ واحدٍ منهما مدعٍ ومدَّعىٰ عليه، والقياسُ أن يحلف كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه علىٰ ما تقدم بيانه، وعلىٰ أن النص قد ثبت فِي البداءة بيمين البائع، فكان يجب أن يقولوا له القياس، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا يبدأ بيمين البائع، وهو المشهور من المذهب، فإنه يجمع بين النفي والإثبات، والدليلُ علىٰ ذلك أنه يحتاج إلىٰ أن ينفِي دعوىٰ ويثبت دعوىٰ، فلزم أن يحلف عليهما جميعًا.

وإذا ثبت أنه لا بد من الجمع بينهما، فهل يجمعهما بيمين واحدة أو بيمينين؟

قال القاضي أبو حامد فِي جامعه[1]: المشهورُ أن كلَّ واحدٍ منهما يحلف يمينًا واحدة يجمع بها بين النفي والإثبات، فيقول «والله ما بعتُه بكذا، ولقد بعتُه بكذا» ويبدأ بالنفي ثم يقول المشتري «والله ما اشتريتُه بكذا، ولقد اشتريتُه بكذا».. قال: ومِن أصحابِنا مَن قال: يحلف يمينين، فيقول البائع «والله ما بعتُه بكذا»، ثم يقول المشتري «والله ما اشتريتُه بكذا»، ثم يقول البائع: «والله لقد بعتُه بكذا»، ويقول المشتري «والله لقد اشتريتُه» وينفيان فِي الأولىٰ ويثبتان فِي الثانية، ثم قال: هذا أقيسُ.

والأولُ أقربُ إلىٰ فصل الحكم، واليمينان أصح عندي؛ لأن المنفِي غير المثبت.

---

(١) يعني الجامع في المذهب، وهو كتاب جليل كما في المهمات (١/ ٣٠٨).

فإذا ثبت هذا، فإنه يقدم النفي على الإثبات، وقال أبو سعيد الإصطخري: يقدم الإثبات على النفي؛ لأن الله تعالىٰ بدأ فِي اللعان بالإثبات فقال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٦﴾ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾ [النور: ٦-٧] فقدم الإثبات على النفي[١].

فإذا قلنا بالأول، فوجهه أن النفي هو الأصل فِي اليمين، وإنما ينقل إلى الإثبات بنكول أو شاهد أو لوث، وليس هاهنا شيء من ذلك، فوجبت البداءة باليمين، ويخالف اللعان؛ لأنه إثبات لا نفي فيه؛ لأنه لا فرق بين أن يقول «إنه لمن الصادقين»، وبين أن يقول «ليس من الكاذبين»، فإنه مثبتٌ للصدق فِي الحالين جميعًا، وليس كذلك هاهنا، فإنه ينفِي دعوىٰ ويثبت أخرىٰ، فكان أحدهما مخالفًا للآخر.

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا يجمع بينهما بيمين واحدة فإنه يقول «والله ما بعتُه بألف ولقد بعتُه بألفين»، وإذا حلف البائع حلف المشتري وقال «والله ما اشتريتُه بألفين ولقد اشتريتُه بألف»، فإذا حلفا هكذا فقد تحالفا.

فإن قيل: إذا قلتم يحلف البائع فيقول «والله ما بعتُه بكذا ولقد بعتُه بكذا» فقد حلف على الإثبات قبل نكول المشتري، ولا يجوز.

فالجوابُ: أن الإثبات صار تابعًا للنفي.

وإذا قلنا يجمع بينهما بيمينين ويفرِد النفي عن الإثبات يحلف البائع فيقول «والله ما بعتُه بألف» ثم يقول المشتري «والله ما اشتريتُه بألفين»، ثم يقول البائع «والله لقد بعتُه بألفين»، ثم يقول المشتري «والله لقد اشتريتُه بألف»، فإذا قال هكذا فقد تحالفا.

---

(١) قال بحر المذهب (٥/ ١٢): وهذا غلط؛ لأن الأصل في الأيمان النفي، ولا يثبت بها إلا بالنكول ورد اليمين أو تبعًا للنفي.

وإن قال البائع «والله، ما بعتُه بألف» فلما عُرِض اليمينُ علىٰ المشتري نكل عن اليمين، رد اليمين علىٰ البائع، فيحلف علىٰ الإثبات، فيقول «والله، لقد بعتُه بألفين» فإذا حلف قضىٰ له بألفين.

• فَصْلٌ •

فإذا ثبت ما ذكرناه، فإذا تحالفا فهل ينفسخ البيع بالتحالف؟ وجهان:

أحدهما: ينفسخ بنفس التحالف، ووجهه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينة، فهو ما يقول رب السلعة، أو يتتاركان**»[١]، وروي: «**أو يترادَّان**»[٢]، ولم يشترط حكم الحاكم، وأيضًا فإن التحالف يوجب جهالة الثمن، وإذا صار الثمن مجهولًا وجب أن ينفسخ البيع، ولأن اللعان يفسخ النكاح، ولا يفتقر إلىٰ حكم بالفسخ فكذلك هاهنا.

والقول الثاني: لا يفسخ بالتحالف.

قال القاضي أبو حامد: هذا هو المنصوص للشافعي فِي كتبه الجديدة والقديمة، ولا أعرف له غير هذا؛ لأنه قال: إذا تحالفا فللبائع أن يأخذ بما يحلف المشتري عليه، وللمشتري أن يأخذ بما حلف البائع عليه.. ووجهه أن البينة أقوىٰ من اليمين[٣].

ولو أقام كلُّ واحدٍ منهما شاهدين لم ينفسخ البيع، فإذا حلفا أولىٰ أن لا ينفسخ، ولأن العقد وقع صحيحًا باتفاقهما، فلا ينفسخ إلا بالفسخ، قياسًا علىٰ سائر العقود.

فإذا قلنا بهذا القول فإنما يقول لكلِّ واحد منهما بعد تحالفهما «أترضىٰ

---

(١) سنن أبي داود (٣٥١١).

(٢) سنن الترمذي (١٢٧٠) وسنن ابن ماجه (٢١٨٦).

(٣) وقع في التهذيب (٣/ ٥٠٨): «لأن النية أقوىٰ من اليمين»! وهو تحريف ظاهر.

أن تأخذه بما حلف عليه صاحبُك[١]؟» فإن رضي به أخذه، وإن لم يتراضيا فسخ الحاكم البيع[٢] بينهما.

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا ينفسخ أو فسخه الحاكم، فهل يقع الفسخ ظاهرًا وباطنًا[٣] أو ظاهرًا دون الباطن؟ علىٰ ثلاثة أوجه:

أحدها: يقع ظاهرًا وباطنًا؛ لأن ذلك لجهالة الثمن، فأشبه إذا عقد علىٰ يمين مجهول، ولأنه فسخٌ لاستدراك ظلامة، فوجب أن يقع ظاهرًا وباطنًا، قياسًا علىٰ الفسخ بالعيب[٤]، ولأنه فسخٌ يتعلق باليمين فأشبه فسخ اللعان.

والثاني: يقع ظاهرًا، ووجهه أن الثمن معلوم فِي الباطن، وإنما صار مجهولًا فِي الظاهر، لتعارض اليمينين، وإذا كان كذلك وجب أن لا يتعدىٰ الفسخ إلىٰ الباطن كما لا يتعدىٰ الجهالة إلىٰ الباطن.

والثالث: أن البائع إن كان ظالمًا فالفسخ يقع ظاهرًا ولا يقع باطنًا؛ لأنه قد استوفىٰ جميع الثمن أو بُذِل له وامتنع من قبضه، وصار المبيع للمشتري، وهو بمنزلة الغاصب فِي ذلك، فلا يقع الفسخ باطنًا، وإن كان البائع مظلومًا، فإن الفسخ يقع ظاهرًا وباطنًا[٥]؛ لأن البائع لا يصل إلىٰ جميع الثمن، وإذا تعذر عليه قبض جميع الثمن، كان له أن يختار عين ماله ويقع الفسخ ظاهرًا وباطنًا، والله الموفق للصواب.

---

(١) في (ف، ق): «صاحبه»، وهو غلط، وينظر بحر المذهب (٥/ ١٢).

(٢) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٣) في (ف، ق): «أو باطنًا» وهو غلط، وصوابه بالواو فقط كما أثبته، وينظر نهاية المطلب (٥/ ٣٥٣)، وبحر المذهب (٥/ ١٣)، والبيان (٥/ ٣٦٥).

(٤) في (ف، ق): «للعيب».

(٥) وقع في بحر المذهب (٥/ ١٣) أن البائع لو كان ظالمًا وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن، وإن كان مظلومًا وقع كذلك في الظاهر دون الباطن!! وهذا غلط ظاهر، وقد حكاه الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٤)، والمهذب (٢/ ٦٧)، وحلية العلماء (٤/ ٣٢٧) علىٰ الصواب، والحمد لله.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه، فإذا قلنا إن الفسخ يقع ظاهرًا وباطنًا، فإن للبائع أن يتصرف فِي المبيع بالبيع، والهبة، والعتق، والوطء، وغير ذلك؛ لأنه رجع إلىٰ ملكه فِي الظاهر والباطن.

وإذا قلنا يقع الفسخ ظاهرًا ولا يقع باطنًا، فإنه إن كان البائع ظالمًا لم يجز له أن يتصرف فيه بوجه، وذلك أن البائع إما أن يكون قد قبض الثمن، أو يكون ممتنعًا من قبضه، وأيهما كان، فهو غاصبٌ للمبيع ممتنعٌ من تسليمه بظلم، فلا يجوزُ له فِي الباطن إمساكه والتصرف فيه.

وإن كان مظلومًا فإنه مستحقٌّ للثمن فِي ذمة المشتري، وله أن يبيع منه بمقدار ما له من الثمن ويستوفيه.

وهل يبيعه بنفسه أو يبيعه الحاكم؟ علىٰ وجهين؛ والصحيح أنه يجوز له بيعُه بنفسه واستيفاءُ قدر دينه، فإن فضل منه شيء لزمه إيصاله إلىٰ المشتري حتىٰ يبرأ فِي الباطن.

فرع

إذا اختلفا فِي شرط يفسد البيع فقال البائع «بعتُك بشرط خيار ثلاثة أيام»، وقال المشتري «اشتريتُ بشرط خيار شهر»، أو اختلفا فِي الأصل فقال «بعتُك إلىٰ أجل معلوم» وقال المشتري «إلىٰ أجل مجهول» أو قال «بعتُك بدراهم أو دنانير» وقال «اشتريتُ بخمر أو خنزير» فإن الشافعي نصَّ علىٰ أن القول قول من ينفِي الفساد، ورواه البويطي فِي «مختصره»[1] فيمن أسلم إلىٰ رجل فِي طعام واختلفا، فادعىٰ المسلَمُ إليه أنه شرط فيه الخيار،

---

(١) مختصر البويطي (ص ٦٢١ م ٢٠٢١).

وأنكر المسلِمُ ذلك، فإن القولَ قولُ المسلم مع يمينه.

وقال أبو علي فِي «الإفصاح»: فيه وجهان؛ أحدهما: القول قول من يدعي الفساد مع يمينه.

قال القاضي أبو الطيب: وقد نصَّ الشافعيُّ علىٰ ما يدل علىٰ هذين الوجهين، فإنه قال فِي «كتاب الإقرار» فيمن كَفَلَ في بدن رجل ثم اختلفا، فقال الكفيل «تكفلتُ علىٰ أني[1] بالخيار ثلاثًا»، وأنكر المكفول له شرط الخيار، ففيه قولان؛ **أحدهما:** أن القول قول الكفيل مع يمينه، وتفسد الكفالة، **والثاني:** أن القول قول المكفول له مع يمينه، وتكون الكفالة صحيحة، ويطالب بتسليم المكفول ببدنه[2].

وأما توجيهُهما فإذا قلنا القولُ قولُ من يدعي الصحة، فوجهه أنهما إذا اختلفا فقال «بعتني هذا، وهو حر الأصل»، وقال البائع «بل هو عبد مملوك»، كان القولُ قولَ البائع مع يمينه، وعلىٰ المشتري البينة، فكذلك هاهنا، ولأن العقد إذا مضىٰ، فهو علىٰ الصحة والسلامة، ومن ادعىٰ الفساد يحتاج إلىٰ البينة؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، كما إذا صلىٰ وسلم منها ثم شك هل ترك ركنًا من أركان الصلاة؛ لم تجب إعادتها، وكانت مؤداة علىٰ الصحة والسلامة فِي الظاهر، فكذلك هاهنا.

وإذا قلنا القولُ قولُ من يدِّعي الفساد، فوجهه أن الأصل أن لا عقد بينهما، وأن الملك للبائع، ثم ينتقل إلىٰ المشتري، وذمته علىٰ البراءة من اليمين، فهو مستديم للحال، فيجب أن يكون القول قوله.

---

(١) في (ف، ق): «أن» وهو تصحيف، وينظر بحر المذهب (٦/ ١٢٠)، ويمكن أن يكون صوابه: «علىٰ أن الخيار».

(٢) نقله الرافعي في الشرح الكبير (٤/ ٣٧٨ - ٣٧٩) عن المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ.

فرع

قال أبو علي فِي «الإفصاح»: إذا اختلفا فقال البائع «تفرقنا عن فسخ» وقال المشتري «عن تراضٍ بالبيع» ففيه وجهان؛ **أحدهما**: القولُ قولُ من يدعي الفسخ، **والثاني**: القولُ قولُ من يدعي الإبرام والصحة.

فرع

إذا اختلفا فقال «بعتُك هذا العبد بألف درهم»، وقال المشتري «بل بعتني هذه الجارية بألف، ولم تبعني العبد». قال أبو حامد الإسفراييني: لا يتحالفان، ويكون القولُ قولَ البائع مع يمينه بأنه ما باع الجارية، والقول قول المشتري مع يمينه أنه ما اشترىٰ العبد، ولا يجب علىٰ واحد منهما أن يجمع بين النفي والإثبات، فلم يكن هذا تحالفًا[1]، وإنما يحلف كلُّ واحدٍ منهما علىٰ النفي.

فإذا حلف البائع أنه ما باع الجارية، بقيت الجارية علىٰ ملكه كما كانت، وجاز له التصرف فيها.. وأما المشتري فيحلف أنه ما اشترىٰ العبد، فإذا حلف فإنه يُنظر، فإن كان فِي يد المشتري لا يجوزُ للبائع مطالبته به؛ لأنه لا يدعيه، وإن كان فِي يد البائع فإنه لا يجوزُ له التصرف فيه؛ لأنه معترف بأنه للمشتري، وأن ثمنه فِي ذمته، ويجوز له بيعُه بقدر الثمن، علىٰ ما تقدم بيانه.

قلنا: ذكر[2] أبو بكر بن[3] الحداد فِي «كتاب الصداق» ونصر هذه

---

(١) ذكر بحر المذهب (٥/ ١٦) أنهما يتحالفان، وشرح المسألة وقال: هذا أصوب مما ذكره القاضي الطبري.

(٢) في (ف، ق): «ما ذكر» وهو غلط، وهذه المسألة نقلها العمراني في البيان (٥/ ٣٦٩)، وابن الرفعة في كفاية النبيه (٩/ ٣٠٦) عن المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٣) ليس في (ف، ق).

المسألة، وقال يتحالفان، فقال: (إذا اختلف الزوجان، فقال «مهرتُكِ أباك» [وقالت «بل مهرتني أمي» تحالفا) قال: (وكذلك إذا قال «مهرتُكِ أباك][١] ونصف أمك» وقالت «بل مهرتني أبي وأمي» تحالفا).. ولا يختلف أصحابُنا فِي ذلك، فسقط ما قال أبو حامد الإسفراييني[٢].

وإن أقام البائعُ البينةَ علىٰ ذلك، فإنه يقضىٰ علىٰ المشتري بالثمن، وهل يجبر علىٰ قبض المبيع؟ وجهان؛ أحدهما: يجبر عليه؛ لأن البينة وجب القضاء بها، والثاني: لا يجبر؛ لأنه معترفٌ بأنه لا يملكه، ولا حقَّ له فيه، فلا يجوزُ أن يجبر علىٰ قبضه، ألا ترىٰ أن رجلًا لو أقر لرجل بعبد، وأنكر المقِرُّ له، لم يُجبر علىٰ قبضه، وكذلك هاهنا، وعلىٰ هذا يقبضه الحاكم ويحفظه إلىٰ أن ينكشف الأمر، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا إذا اختلف المتبايعان، فأما إذا مات المتبايعان واختلف ورثتهما فِي مقدار الثمن أو المثمن، تحالفا، وقال أبو حنيفة: إن كان المبيع فِي يد وارث البائع تحالفا، وإن كان فِي يد وارث المشتري كان القولُ قولَه مع يمينه.

واحتج من نصر قوله بأن القول قول المشتري، فكل موضع وقع فيه

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٢) تعقبه الشيخ ابن الرفعة في كفاية النبيه (٩/ ٣٠٦) فقال: ليس هذا نظير المسألة التي خالف فيها الشيخ أبو حامد؛ لأن المختلف فيه في مسألتي ابن الحداد أخذ العوضين، والعوض الآخر معين؛ فهو نظير ما إذا قال: «بعتُك هذا العبد بهذا الألف»، فقال: «بل بعتني هذه الجارية بالألف المشار إليه»؛ فإنهما يتحالفان، كما حكيناه، وفي مسألتنا كل من العوضين غير متعين؛ أما البيع فلم يتفقا عليه، وأما الألف الذي في الذمة، فغير متعين إلا بالقبض؛ فإن الذمة قابلة لآلاف، وبذلك يظهر اندفاع ما أبداه القاضي.

الخلاف وجب أن يبقىٰ علىٰ موجب القياس.

وأيضًا فإن من شرط التحالف بقاء السلعة عندنا، فوجب أن يكون من شرطه بقاء المتبايعين.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأن ما تحالف فيه المتبايعان وجب أن يتحالف فيه الوارثان، أصله: قبل القبض.

وأيضًا فإن كل شخصين تحالفا قبل تسليم السلعة وجب أن يتحالفا بعد تسليم السلعة، أصله: المتبايعان.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن القياس أن يكون القول قول المشتري، وأن من شرط التحالف بقاء السلعة، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك، ولأنه يبطل بما إذا اختلفا والسلعة فِي يد وارث البائع.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المزني: (وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفَا، وَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: لَا أَدْفَعُ حَتَّى أَقْبِضَ، فَالَّذِي أَحَبَّ الشَّافِعِيُّ مِنْ أَقَاوِيلَ وَصَفَهَا أَنْ يَأْمُرَ الْبَائِعُ بِدَفْعِ السِّلْعَةِ)(١).

وهذا كما قال.. إذا اختلف المتبايعان فقال كلُّ واحدٍ منهما: «لا أسلم حتىٰ أقبض»، فقد اختلف أصحابُنا فيه.

فمنهُم مَن قال: لا يختلف المذهبُ أن البائع يجبر علىٰ تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري علىٰ تسليم الثمن، والدليلُ علىٰ أن المزني قال: «أحب الشافعي من أقاويل وصفها أن البائع يجبر علىٰ تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري علىٰ تسليم الثمن»، فدل علىٰ أن هذا القول هو مذهبه.

ومِن أصحابِنا مَن قال: فيه ثلاثة أقاويل؛ أحدها: هذا، والثاني: يجبران

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

علىٰ إحضار العوضين، ثم يسلم إلىٰ كلِّ واحدٍ منهما ما له دفعة واحدة، والثالث: لا يجبران علىٰ ذلك، ويقال لهما: من تطوع منكما بتسليم ما عليه أُجبر صاحبه علىٰ تسليم ما عليه له، ويمنعان من التخاصم.

وقال أبو حنيفة، ومالك: يجبر المشتري علىٰ تسليم الثمن، ثم يجبر البائع علىٰ تسليم المبيع.

فأما توجيه الأقاويل؛ فإذا قلنا يجبران علىٰ إحضار العوضين فوجهه أن علىٰ كل واحد منهما لصاحبه حق التسليم، فإذا تمانعا أُجبرا جميعًا، [كما إذا كان لأحدهما علىٰ صاحبه دراهم وله دنانير وتمانعا، أُجبرا جميعًا][1]، فكذلك هاهنا.

وإذا قلنا لا يجبران، فوجهه أن لكلِّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبه فِي مقابلته حقًّا له، فإذا تمانعا لم يُجبرا، وقيل: من بذل منكما ما عليه أجبر صاحبه علىٰ بذل ما له، كما نقول إذا نكل المدعىٰ عليه عن اليمين ورُدَّتْ علىٰ المدعي فنكل عنها لم يُجبرا علىٰ اليمين، ويقال: من بذل منكما اليمينَ استحق ما يجب له بيمينه، ويمنعان التخاصم، فكذلك هاهنا.

وأما أبو حنيفة، ومالك، فإنه احتج من نصر قولهما بأن المبيع محبوسٌ فِي يد البائع علىٰ تسليم الثمن الذي فِي ذمة المشتري، فلا يجبر علىٰ رفع يده عنه إلا بقبض الثمن، كالمرتهن لا يُجبر علىٰ تسليم الرهن حتىٰ يقبض الدين.

وأيضًا، فإن حق المشتري معينٌ من المبيع، فوجب أن يجبر المشتري علىٰ تسليم الثمن، حتىٰ يصير حق البائع معينًا فِي الثمن، فإن سبيل المتبايعين أن يكونا سواء ولا يكون لأحدهما علىٰ الآخر مزية.

---

(١) ليس في (ق).

وأيضًا، فإنه إذا أُجبر البائع علىٰ تسليم المبيع إلىٰ المشتري، لم يأمن أن يتصرف فيه قبل أن يوفيه الثمن، فيؤدي إلىٰ الإضرار بالبائع، ولا يجوزُ أن يجبر البائع علىٰ تسليم يتعلق الإضرار به، وليس كذلك المشتري، فإنا إذا أجبرناه فإن البائع يملك التصرف فِي الثمن قبل قبضه بالحوالة والبيع.

وهذا عندنا غيرُ صحيح؛ لأن تسليم المبيع يستقر به البيع، فإنه إذا تلف قبل التسليم انفسخ البيع وسقط الثمن، وإذا تلف بعد التسليم لم ينفسخ البيع ويخالف الثمن، فإن البيع لا يستقر بتسليم الثمن، فكان إجبار البائع علىٰ تسليم المبيع أولىٰ.

وأيضًا، فإن حقَّ المشتري متعلق بعين المبيع، وحق البائع فِي ذمة المشتري، فكان حقُّ من تعلق بالعين متقدمًا علىٰ حقِّ من ثبت حقُّه فِي الذمة، ولهذا يقدم حق المرتهن علىٰ حقوق سائر الغرماء؛ لأن حقَّه متعلق بعين الرهن، وكذلك يقدم حق المجني عليه؛ لأن حقه متعلقٌ بعين العبد الجاني.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على الرهن، فهو أن تسليم المبيع يستقر به الثمن، وأجبر البائع علىٰ التسليم أولًا حتىٰ يستقر الثمن به، وليس كذلك الرهن، فإنه لا يتعلق استقرار الدين به، فلهذا لم يُجبر علىٰ تسليمه أولًا.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أن حق المشتري تعين، فوجب أن يُجبر على تسليم الثمن حتى يصير حق البائع معينًا، فهو أنهما دخلا علىٰ ذلك، فلا يجب التسوية بينهما فيه، وعلىٰ أنه يعارضه أن البائع يملك التصرف فِي المبيع فيكون المتبايعان سواء.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من الإضرار بتسليم المبيع، فهو أنَّا نحجر

علىٰ المشتري ونمنعه من التصرف فيه، فلا يؤدي إلىٰ الإضرار، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه من الأقاويل، فإن المذهبَ المشهورَ أنه يُجبر البائع على تسليم المبيع، ثم يُجبر المشتري على تسليم الثمن، وعلىٰ هذا القول لا يخلو المشتري من أحد أمرين؛ إما أن يكون موسرًا أو معسرًا.

فإن كان موسرًا فلا يخلو ماله من أن يكون حاضرًا معه أو غائبًا عن المجلس، إلا أنه فِي داره أو دكانه، أو يكون غائبًا عن بلده.

فإن كان حاضرًا معه أُجبر علىٰ تسليم الثمن فِي الحال.

وإن كان غائبًا عنه إلا أنه فِي داره ودكانه فإنه يُحجر عليه فِي المبيع وفِي سائر أمواله، حتىٰ يوفيه الثمن؛ لأنه إذا لم يُحجر عليه لا يؤمن أن يتصرف فِي ذلك، فيؤدي إلىٰ الإضرار بالبائع، وإنما أُمر بالحجر عليه فِي جميع ماله؛ لأن الثمن يجب أن يكون من سائر ماله، لأنه هو الذي يجوز له التصرف فيه.

وإن كان غائبًا عن بلده فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون علىٰ مسافة تُقصر فيها الصلاة أو لا تُقصر.

فإن كان علىٰ مسافة تُقصر فيها الصلاة، كان للبائع أن يختار عين ماله؛ لأن عليه فِي تأخير الثمن إلىٰ أن يقدم ماله من السفر ضررًا، فكان له أن يفسخ البيع، ويرجع بعين ماله، كما إذا كان المشتري مفلسًا.

وإن كان علىٰ مسافة لا تُقصر فيها الصلاة، فقد اختلف أصحابُنا فيه؛ فمنهُم مَن قال له أن يختار عين ماله، لأن عليه فِي تأخيره ضررًا، ومنهُم مَن قال ليس عليه أن يختار عين ماله، لأن ما لا تُقصر فيه الصلاة بمنزلة البلد

الذي هو فيه، فيُحجر عليه، وإذا حضر المال دفع الثمن إلىٰ البائع.

وإن كان المشتري معسرًا لا مال له، وإنما له هذا المبيع، فقد نص الشافعي علىٰ أن له أن يختار عين ماله.

ومِن أصحابِنا مَن قال يجب أن تباع هذه السلعة وينظر فِي ثمنها، فإن كان مثل ما عليه دفع إلىٰ البائع، وإن كان أكثر دفع إلىٰ البائع مقدار الثمن الذي له، وصرف الباقي إلىٰ المشتري، وهذا خلاف نص الشافعي.

وعلىٰ هذا، إذا عجز مال الرجل عما عليه من الديون، وسأل غرماؤه الحاكمَ أن يحجر عليه، فهل يُحسب فِي ذلك أعيان الأموال التي اشتراها ولم يوف أثمانها؟ اختلف أصحابُنا:

فمنهُم مَن قال: هو علىٰ هذين الوجهين؛ **أحدهما**: أنه لا يعتد بها، وإنما يعتبر بغيرها، كما نص الشافعي هاهنا، **والثاني**: يعتد بها، ويكون ذلك بمنزلة سائر أمواله علىٰ ما قاله بعضُ[1] أصحابنا.

ومنهُم مَن قال: يعتد بها، فإن كان ماله معها لا يعجز عن الديون التي عليه فلا يحجر عليه.

وفرق بينهما بأن المشتري لا يملك التسليم فِي هذا البيع، ولهذا حُجر عليه بعد القبض والتسليم إليه، فلم يعتد من ماله، وليس كذلك فِي مسألة[2]، الحجر للغرماء فإن البائع سلمها باختياره ورضي بذمته، وفِي مسألتنا لم يسلم باختياره ولم يرض بذمة المشتري، فإذا كان كذلك افترقا.

---

(١) في (ف، ق): «نص» وهو تحريف.

(٢) في (ف، ق): «مسألتنا».

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَرْضًا أَوْ ذَهَبًا بِعَيْنِهِ، فَتَلِفَ مِـنْ يَـدِ الْمُشْتَرِي أَوْ تَلِفَتْ السِّلْعَةُ مِنْ يَدِ الْبَائِعِ انْتَقَضَ الْبَيْعُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا تلف المبيع فِي يد البائع قبل التسليم انتقض البيعُ وسقط الثمنُ عن المشتري، وإن كان البائع قبضه رده علىٰ المشتري، وإن لم يكن قبضه فقد برئ منه، وقد بينتُ خلاف مالك فيه واستوفيتُ الكلام معه.

وإن كان الثمن معينًا فتلف فِي يد المشتري انفسخ البيع أيضًا، وقال أبو حنيفة: الدراهم والدنانير لا يتعينان فِي البيع، وقد مضىٰ الكلام فِي ذلك، فأغنىٰ عن الإعادة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلَا أُحِبُّ مُبَايَعَةَ مَنْ أَكْثَرُ مَالِهِ مِنْ رِبًا، أَوْ حَرَامٍ، وَلَا أَفْسَخُ الْبَيْعَ؛ لِإِمْكَانِ الْحَلَالِ فِيهِ)[٢].

وهذا كما قال.. قد استقصيتُ الكلام فِي هذه المسألة فيما مضىٰ[٣]، وقلت: إنَّ تَرْكَه أفضلُ من جهة الورع، فإن عامله وبايعه فذلك صحيح، والمالُ حلال؛ لأنه يمكن أن يكون ملكًا له صحيحًا، ولا فرق بين أن يكونُ الأكثر حلالًا أو حرامًا، وليس الذي نقله المزني شرطًا فِي ذلك، والدليلُ عليه ما ذكره من إمكان الحلال فيه، والظاهر ثبوت يده عليه وكونه ملكًا له[٤].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٣) تقدم البحث في ذلك (ص ٢١٣).

(٤) ينظر نهاية المطلب (٥/ ٣٧٤ - ٣٧٥)، وبحر المذهب (٥/ ٢٢).

واحتج أبو إسحاق بأن الجزية حلال لنا، وإن كان فِي أموال أهل الذمة حرام من أثمان الخمور ومن الربا، وروي عن رسولِ الله ﷺ أنه استقرض من أبي الشحم اليهودي شعيرًا لأهله ورهن درعه(١). وهذا فعله صلوات الله عليه ليدل علىٰ جواز ذلك.

فرع

إذا كانت قريةٌ فيها عبدة الأوثان أو المجوس، فإنه لا يحل شراء الذبيحة بها ولا أكلها وإن أمكن أن يكون ذبحها يهوديٌّ أو مسلمٌ؛ لأن أصل ذلك الحظر، والظاهر أنه لم يرد عليه ما يبيحه فِي ذكاة جائزة؛ لأن الظاهر أنهم ما(٢) ذبحوه فلم يجز أن ينقله عن أصل الحظر إلىٰ الإباحة بالشك، وإن كان ذلك فِي بلد الإسلام حل أكلها وشراؤها؛ لأن الظاهر أنها ذبحُهُم، فتركنا الأصل بالظاهر(٣).

فرع

إذا قال رجلٌ لرجل «بع عبدك من فلان بألف درهم وأنا ضامن للألف»، فباعه منه، نُظِر، فإن باعه مطلقًا صح البيع ولزم وكان ضمان الضامن باطلًا؛ لأنه ضمن ما لم يجب، وإن كان باعه بشرط الضمان فقال «بعتُك بألف علىٰ أن يضمن فلان» صح البيع، فإن ضمن ضمانًا مستأنفًا لزم البيع، وإن امتنع من ضمانه كان للبائع الخيار(٤).

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٩٦، ٢٥٠٩، ٢٥١٣) عن عائشة رضي الله عنها، وليس فيه أن اليهودي هو أبو الشحم، وجاء ذلك في مسند الشافعي (١٤٧٤، ١٤٧٥/ سنجر) وغيره.

(٢) زيادة ضرورية .

(٣) نقله كله بحر المذهب (٥/ ٢٢).

(٤) نقله بحر المذهب (٥/ ٢٣).

فرع

إذا قال «بع عبدك من فلان بألفٍ عليَّ»، لم يصح البيع؛ لأنه لا يجوزُ أن يكون الثمن علىٰ غير المشتري، ويكون المشتري بريئًا منه، وكذلك إذا قال «بع عبدك من فلان بخمسمائة، وعليَّ خمسمائة تمام الألف»، لم يصح؛ لأنه لا يجوزُ أن يكون بعض الثمن علىٰ المشتري وبعضه علىٰ غيره.

فرع

إذا حبس السمك فِي موضع من الأجمة[1]، وباعه من رجل، نُظر، فإن كان يحتاج فِي صيده إلىٰ كلفة ومؤنة لم يصح؛ لأنه من بيع الغرر، فإنه غير قادر علىٰ تسليمه حتىٰ يصطاده، وكان بمنزلة بيع الطير فِي الهواء، وبيع العبد الآبق وسائر ما لا يقدر علىٰ تسليمه فِي الحال، وإن كان لا يحتاج إلىٰ كلفة وتعب فِي أخذه، وكان الماء قليلًا صافيًا لا يمنع من النظر، جاز بيعه؛ لأنه مشاهد مقدور علىٰ تسليمه، والله الموفق للصواب.

---

(١) الأجمة كالغيضة؛ شجر كثير ملتف، وهذا المثال يحمل علىٰ أنه إذا كان للنهر نصيب في أجمة.

باب

الشرط الذي يفسد البيع، وما اشتراه فاسدًا أو أعتق

♦ قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وَإِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً عَلَى أَنْ لَا يَبِيعَهَا، وَعَلَى أَنْ لَا خَسَارَةَ عَلَيْهِ فِي [ثَمَنِهَا، فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ)[١].

وهذا كما قال.. إذا باع رجل من رجل شيئًا علىٰ أن لا خسارة عليه فِي][٢] ثمنه، ومعناه أن الخسران يجب ضمانه علىٰ البائع، أو علىٰ أن لا يبيعها، أو علىٰ أن لا يطأها إن كان المبيعُ جارية، وما أشبه ذلك، فعندنا أن الشرط باطل، والبيع باطل، وقال ابنُ أبي ليلىٰ[٣]: الشرطُ باطلٌ، والبيعُ جائز، وقال ابنُ شُبْرمة[٤]: الشرطُ جائز، والبيعُ جائز.

فأما ابنُ أبي ليلىٰ، فاحتج بما روي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها اشترت بريرةَ علىٰ أن تعتقها، ويكون ولاؤها لمواليها، فأجاز النبي ﷺ [البيع، وأبطل الشرط[٥].

وأما ابنُ شُبْرمة، فقد احتج بما روي عن النبيِّ ﷺ أنه اشترىٰ من جابر بن عبد الله جملًا، وشرط ظهره إلىٰ المدينة[٦]، ولا يجوزُ أن يشترط النبيُّ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٢) ليس في (ق).

(٣) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ الفقيه المقرئ، كان من أصحاب الرأي، وولي قضاء الكوفة.

(٤) عبد الله بن شبرمة الضبي من فقهاء أهل الكوفة وجلة مشايخها كنيته أبو شبرمة مات سنة ١٤٤.

(٥) أخرجه البخاري (٤٥٦) ومسلم (١٥٠٤).

(٦) أخرجه البخاري (٢٧١٨) ومسلم (٧١٥) ولفظه: فاستثنيت حملانه إلىٰ أهلي.

ﷺ شرطًا باطلًا، فدل علىٰ جوازه.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روي عن النبيِّ ﷺ][1] أنه نهىٰ عن بيع وشرط[2]، والنهي يدل علىٰ فساد المنهي عنه، وهذا يدل علىٰ فساد البيع والشرط جميعًا.

ومن القياس: أنه شرطٌ بموجب العقد فيما لم يبن علىٰ التغليب والسِّراية لا يتعلق به مصلحة العقد، فوجب أن يكون مفسدًا للبيع، أصله: إذا باعه علىٰ أن لا يملكه المشتري ولا يتقابضا العوضين.

وأما الجوابُ عن الخبرين، فهو أنه ليس فيه أن الشرط كان مقارنًا للعقد أو سابقًا له أو كان متأخرًا عنه، وإذا كان سابقًا أو متأخرًا لم يقدح فِي البيع، فلم يكن لهم فيه دليل.

فإذا ثبت هذا، فإن الشروط فِي البيع علىٰ أربعة أضرب:

شرطٌ يوافق مقتضىٰ العقد فهذا تأكيد للعقد.

وشرطٌ تتعلق به مصلحة العقد للمتعاقدين، مثل الأجل، والخيار، والرهن، والضمين، والشهادة، فهذا جائز علىٰ ما تقدم بيانه.

وشرطٌ لا يتعلق به مصلحة العقد، ولكنه مما بني علىٰ التغليب والسِّراية، مثل شرط العتق، فهذا جائز، والعقد جائز.

وشرطٌ لا تتعلق به مصلحة العقد فيما لم يبن علىٰ التغليب والسِّراية، فهذا شرطٌ باطلٌ ومبطلٌ للبيع.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤٣٦١) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل، واستنكره أحمد وغيره.. بيان الوهم والإيهام (٥/ ٧٧٤) والبدر المنير (٦/ ٤٩٧ - ٤٩٨).

وكلُّ موضع أبطلنا البيع بفساد الشرط فإنما هو لجهالة الثمن؛ لأنه لا يخلو أن يكون الشرط بمقتضىٰ الزيادة فِي الثمن أو النقصان من الثمن، فإن كان يقتضي الزيادة فِي الثمن، فإذا سقط الشرط يجب أن يسقط ذلك القدر من الثمن، وذلك مجهول.

وإن كان يقتضي النقصان من الثمن، فإذا سقط الشرطُ وجب أن يضاف ذلك القدر إلىٰ الثمن، فيصير الثمنُ مجهولًا؛ لأن نقصان جزء مجهول من معلوم، أو إضافة جزء مجهول إلىٰ معلوم، يجعل الجميع مجهولًا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلَوْ قَبَضَهَا فَأَعْتَقَهَا لَمْ يَجُزْ عِتْقُهَا)[١].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ جارية شراء فاسدًا، ثم قبضها فأعتقها، لم يملك بالقبض، ولم ينفذ عتقه فيها، ولا يصِحُّ شيءٌ من تصرفه فيها، مثل البيع، والهبة، والوقف، وغير ذلك. ويجب عليه ردها إلىٰ البائع بجميع نمائها المنفصل عنها، وقال أبو حنيفة: يملك بالقبض، ويصح تصرفه فيها، ويجب علىٰ كلِّ واحدٍ منهما فسخ الملك ورد المبيع علىٰ صاحبه.

واحتجَّ من نصره بما روي عن عائشة[٢] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها اشترت بريرة، وشرط مواليها أن تعتقها، ويكون ولاؤها لهم، فقبضتها وأعتقتها، فأجاز النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عتقها، فدل علىٰ أن البيع الفاسد إذا اقترن به القبض جاز التصرف.

ومن القياس: أن المشتري علىٰ صفة يملك المبيع ابتداءً بعقد وقد حصل عليه ضمان بدله عن عقد فيه تسليط فوجب أن يملكه، أصله: إذا كان البيع صحيحًا.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٢) أخرجه البخاري (٤٥٦) ومسلم (١٥٠٤).

وفيه احترازٌ من المحْرِم إذا اشترىٰ صيدًا، فإنه لا يملكه، لأنه علىٰ صفة لا يجوزُ أن يملك الصيد ابتداءً بعقد.

ومعنىٰ قولهم (حصل عليه ضمان بدله)، أنه إذا قبضه فقد ضمن قيمته، ومعنىٰ قولهم (عن عقد فيه تسليط)، أنه قبضه بإذن البائع؛ لأن المشتري إذا قبضه بغير إذنه فإنه لا يملكه، فإذا سلطه علىٰ قبضه صح قبضه وملك.

وكذلك إذا اشتراه علىٰ أن البائع بالخيار لم يملكه المشتري؛ لأن البائع لم يسلطه علىٰ التصرف فيه، وإن كان قد سلمه إليه.

وأيضًا، فإن الوطء فِي النكاح الصحيح بمنزلة القبض فِي البيع؛ لأنه يستقر به المهر، كما استقر الثمن بالقبض، **وقد ثبت أن الوطء فِي النكاح الفاسد يجري مجرى الوطء فِي النكاح الصحيح فيما يتعلق به من الأحكام،** مثل وجوب المهر، وسقوط الحد، ولحوق النسب، ووجوب العدة، وما أشبه ذلك، وكذلك القبضُ فِي البيع الفاسد يجب أن يجري مجرىٰ القبض فِي البيع الصحيح.

وأيضًا؛ قال الشافعي[1]: إذا أدىٰ المكاتب مال الكتابة إلىٰ مولاه فِي الكتابة الفاسدة عتق العبد كما يعتق فِي الكتابة الصحيحة، فكذلك هاهنا؛ لأن الأداء فِي الكتابة بمنزلة القبض فِي البيوع.

وأيضًا؛ إذا اشترىٰ جارية بعبد، وسلَّم العبد وتَسَلَّم الجارية، فأعتق العبد، ووجد بالجارية عيبًا فردها، كان العتق نافذًا وقد فسد البيع، فدل علىٰ أن العِتْقَ[2] ينفذ فِي البيع الفاسد.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه أنه مقبوضٌ عن

---

(١) الأم (٨/ ٣٨).

(٢) في (ف، ق): «العقد» وهو غلط.

بيع فاسد، فوجب أن لا يملك به قياسًا علىٰ المحْرِمِ إذا اشترىٰ صيدًا ثم قبضه، فإنه لا يملكه، وكذلك إذا اشترىٰ عبدًا أو ثوبًا بميتة، أو دم، أو عذرة، أو خمر، فإنه إذا قبضه لا يملكه، فكذلك هاهنا.

فإن قيل: المحْرِمُ علىٰ صفة لا يجوزُ أن يملك الصيد ابتداءً، وليس كذلك فِي مسألتنا، فإنه يجوز أن يملكه بعقد صحيح.

فالجوابُ أنه لا فرق بينهما؛ لأنه لا يجوزُ أن يملك مع الإحرام، ويجوز أن يملكه مع عدمه، وكذلك الشرط المفسد للعقد لا يجوزُ أن يملكه معه، ويجوز أن يملكه مع عدمه، فإذا كان كذلك لم يكن بينهما فرق.

فإن قيل: المعنىٰ فِي البيع بالدم والميتة والعذرة أن المشتري لا يضمن بدل المبيع؛ لأن البائع رضي بما لا قيمة له بحالته، **والجوابُ** أنا لا نسلِّم ذلك، ويكون المبيع مضمونًا علىٰ المشتري بالقيمة، كما يكون إذا اشتراه بخمر أو خنزير أو شرط فاسد.

وقولُهم أن ذلك لا قيمة له بحال، فكذلك الخمر والخنزير لا قيمة لهما بحال.

فإن قيل: أهل الذمة يعتقدون أن ذلك مالهم، **فالجوابُ**: أنه لا اعتبار باعتقاد الكفار، وإنما الاعتبار بشريعة الإسلام، وقد فسخ الإسلام ما يعتقدونه، وجعل الخمر والخنزير بمنزلة الدم والميتة والعذرة.

وجوابٌ آخر عن السؤال الأول والثاني، وهو أن هذا الفرقَ الذي يذكره المخالف بين الفرع والأصل، لما لم يوجب الفرقَ بينهما فِي فساد العقد ومنع وقوع الملك، لم يوجب الفرقَ بينهما فِي القبض ومنع وقوع الملك به، وأيضًا فإنه قبضٌ يتعلقُ به ضمان قيمة المقبوض دون الثمن، فوجب أن لا يملك به، قياسًا علىٰ المقبوض غصبًا أو سومًا.

فإن قيل: هذا ينتقض بالقرض، **فالجوابُ**: أن أصحابنا اختلفوا فيه، فمنهُم مَن قال لا يملك المستقرض بالقبض، وإنما يملك بالتصرف فيه، فعلىٰ هذا سقط السؤال، ومنهُم مَن قال: يملكه بالقبض، فعلىٰ هذا لا يدخل علىٰ ما ذكرتُه من العلة؛ لأن المستقرض يضمن القرض بمثله دون قيمته، ولهذا نقول: إن من استقرض عبدًا أو ثوبًا لزمه ردُّ مثله دون قيمته، ولهذا[١] ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه استسلف من رجل بكرًا، فلما جاءته إبلُ الصدقة أمر أبا رافع أن يقضيه إياه، فقال: لا أجد إلا رباعيًا، فقال النبي ﷺ: «**اقضهِ إيَّاهُ، فإنَّ خيرَكم أحسنُكم قضاءً**»[٢].

فإن قيل: ينتقض به إذا استقرض جوهرة أو لؤلؤة، **فالجوابُ**: أن استقراضَ ما لا يضبط بالوصف لا يجوز؛ لأنه لا يمكن رد مثله، فعلىٰ هذا إذا استقرض الجوهرة لا يجوز، وإذا استقرضها وقبضها لم يملكها، وتكون مضمونة عليه بالقيمة.

وأيضًا فإن ذلك معنىٰ يمنع من وقوع الملك بعقد البيع، فوجب أن يمنع من وقوع الملك بالقبض فيه، أصله: شرط الخيار للبائع، فإنه لما منع من وقوع الملك بعقد البيع، منع من وقوع الملك بالقبض فيه؛ لأن المشتري إذا قبض المبيع فِي مدة الخيار للبائع لم يملكه.

وأيضًا؛ فإن العقد سببُ الملك فِي البيع، والقبض لا تأثير له، فإذا منع الفسادُ من وقوع الملك بالعقد، فلأن يمنع من وقوع الملك بالقبض فيه أولىٰ[٣] وأحرىٰ.

---

(١) كذا في (ف، ق) ولعل صوابه: «ويدل لهذا».

(٢) أخرجه مسلم (١٦٠٠).

(٣) في (ق): «لولىٰ»، وكتب فوقها: كذا.

وأيضًا؛ فإن الهبة يقع الملكُ فيها بالقبض، ثم لا يجوزُ أن يتحول ذلك إلىٰ العقد، فكذلك البيع، لما كان الملك يتعلق بالعقد، وجب أن لا يتحول إلىٰ القبض.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من حديث عائشة، فهو أنه ليس فيه أن الشرط كان مقترنًا بالعقد، ويجوز أن يكون سابقًا له فلم يمنع صحة البيع، وإنما خطب النبي ﷺ وبين أن[1] ذلك شرط فاسد؛ لأن من اشترط ذلك علىٰ عائشة كان يعتقد جوازه، فبين أن ذلك لا يجوز، وأن الولاء يكون للمعتق.

وجوابٌ آخر، وهو أن عائشة رضي الله عنها كانت مخصوصة بذلك؛ لأن النبيَّ ﷺ قال لها: «**اشتَرِي، واشترِطِي لهم الوَلَاءَ**»[2].

ولا يجوزُ أن يأمر النبيُّ ﷺ بشرط فاسد، فدلَّ علىٰ أن ذلك كان جائزًا لها، ليبين النبي ﷺ أن شرط الولاء لا يجوز، ويكون ذلك طريقًا إلىٰ البيان للناس، وهذا كما قال المخالف أن النبيَّ ﷺ نسخ الحج إلىٰ العمرة، وكان ذلك جائزًا فِي تلك السنة خاصةً؛ لإيقاع البيان أن فِعْل العمرة فِي أشهر الحج جائز، فإنهم كانوا يعتقدون أن فِعْل العمرة فِي أشهر الحج من أكبر الكبائر.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على البيع الصحيح، فهو أنه ينتقض بالمحْرِم إذا اشترىٰ صيدًا، وبالشراء بالدم والميتة والعذرة والخمر.

وجوابٌ آخر، وهو أن البيع الصحيح يُملك[3] فيه المبيع بالقبض، فوجب أن لا يُملك هاهنا.

وجوابٌ آخر، وهو أن المشتري يضمن الثمن فِي البيع الصحيح، فملك

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) أخرجه البخاري (٢١٦٨، ٢٥٦٣، ٢٧٢٩) ومسلم (١٥٠٤).

(٣) في (ف، ق): «لا يملك» وزيادة حرف النفي غلط واضح، وقد ذكر بعد ورقة أن المشتري لا يملك المبيع بالقبض في البيع الفاسد.

المثمن، وهاهنا يضمن القيمة دون الثمن فلم يملكه.

وجوابٌ آخر، وهو أن قوله (فيه تسليط) لا يصِحُّ فِي البيع الصحيح؛ لأن العقد يقتضي انتقال الملك دون التسليط، وإنما التسليط فِي العقود التي لا تنقل الملك، فيتصرَّف المعقود له عن تسليط من المالك، فأما فِي البيع الذي ينقل الملك فإنما يتصرف المشتري فِي ملكه من غير تسليط من غيره، فلم يصح هذا الوصف.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الوطء فِي النكاح الفاسد، فهو أنه دليلنا؛ لأنا أجمعنا علىٰ أنه لا يملك البُضْع بالوطء إذا كان العقد فاسدًا، فوجب أن لا يملك المبيع بالقبض إذا كان العقد فاسدًا، وأمَّا[1] تعلق الأحكام به فإنما هو لكونه وطئًا بشبهة، ولهذا نقول إنه لو وطئها بشبهة من غير عقد لم يجب الحد، ووجب المهر ولحق النسب.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من الكتابة الفاسدة، فهو أن المكاتب يعتق بأداء المال لوجود الصفة دون العقد؛ لأن السيد يقول فِي عقد الكتاب: «إن أديتَ إليَّ كذا وكذا فأنت حرٌّ»، فإذا أدىٰ إليه وُجِدت الصفة التي تعلق بها العتق، فوقع العتق، ولهذا نقول: إن السيد إذا مات فأدىٰ إلىٰ الورثة لا يعتق؛ لأن الصفة لم توجد ويعتق فِي الكتابة الصحيحة؛ لأنه يعتق بالبراءة من المال دون الصفة.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من الرد بالعيب، فهو أن الردَّ بالعيب فسخٌ للعقد فِي الحال، وقطعٌ للملك فِي الحال، ولهذا نقول: إن المبيع إذا كانت جارية، وكان وطئها قبل العلم بعيبها، لا يلزمه مهرها، ويكون نماء المبيع للمشتري، فإذا كان كذلك كان العتق مصادفًا لملكه، فلهذا نفذ، والله الموفق للصواب.

---

(١) في (ف، ق): «وما»!

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه من أن المشتري لا يملك المبيع بالقبض إذا كان البيع فاسدًا، ولا يجوزُ تصرفه فيه، فإنه يلزمه رده علىٰ البائع لأنه ملكه، لا أن عليه قبضه بإذن مالكه، وإذا وجب ردُّه نُظِر:

فإن كان بحاله لم يزد ولم ينقص ردَّه ولا شيء عليه إلا أن يكون له أجرة، وهو أن يكون المبيع مما ينتفع به مع بقاء عينه انتفاعًا مقصودًا، فيجب أجرة مثله للمدة التي أقام فِي يده.

وإن كان متغيرًا، فإن كان زائدًا ردَّه بزيادته؛ لأن ماله قد زاد، فإن كانت الزيادة له سواء كانت الزيادة متصلة أو منفصلة، وإن كان ناقصًا كان عليه أرش ما نقص، وإن تلف فِي يده كان عليه أكثر ما كانت قيمته من وقت القبض إلىٰ وقت التلف، ومِن أصحابِنا مَن قال يضمن قيمته يوم التلف، وإنما وجب الضمان لأن يد المشتري ضامنة؛ لأنه أخذ الشيء بعوض، فإذا لم يسلم العوض المسمىٰ وجب عوض المثل لما تلف فِي يده سواء تلفت جملته أو تلف جزء منه.

قال الشافعي: وإن كان المبيع جارية فوطئها، لم يجب عليه الحدُّ للشبهة، وذلك أنه وطئها علىٰ أنها مملوكته وأنه مولاها، وهذا الاعتقادُ شبهةٌ فِي درء الحد، ويجب عليه المهر؛ لأن الحد إذا سقط عن الموطوءة للشبهة، والواطئُ ممن التزم حكم الإسلام، وكان ممن يجب له المهر، غير من يجب عليه، وجب التفرق.

وقيل: وطء فِي غير ملك الواطئ، والموطوءة سقط الحدُّ عنها للشبهة، والواطئُ التزم حكم الإسلام فلزمه المهر، أصله: سائر الوطء بالشبهة.

وإذا وجب المهر نُظِر، فإن كانت ثيبًا وجب مهر الثيب، وإن كانت بكرًا

فإن الشافعي نص علىٰ أنه يجب عليه أرش الافتضاض، ومهر البكر[١].

فإن قال قائل: هذا يؤدي إلىٰ تضمين البكارة مرتين؛ لأنه يضمنها بالأرش ويضمنها بالمهر، وهذا لا يجوز.

فالجوابُ: أنه أتلف جزءًا من بدنِها له قيمة بغير إذن من له الإذن، فلزمه أرشه، ووطئها بكرًا فحصل له كمال اللذة، فلزمه مهرُ البكر، ولا يدخل أحدهما فِي الآخر؛ لأنهما وجبا بسببين مختلفين، فإن الأرش يجب بإتلاف جزء وهو سبق الوطء، ويجب المهر بتغييب الحشفة فِي الفرج، وهو التقاء الختانين، وهما سببان مختلفان يسبقُ أحدُهما الآخر، فإذا كان كذلك لم يتداخلا.

فإن قيل: إذا كان هكذا يجب أن يكون أرشُ الافتضاض لازمًا له، لإتلاف ذلك الجزء، ويلزمه مهر مثل الثيب؛ لأن الوطء وجد وهي ثيب، لأن زوال البكارة قد تقدم علىٰ الوطء، ويكون ذلك بمنزلة ما لو افتضها بإصبعه ثم وطئها، فيكون عليه أرش الافتضاض، ومهر مثل الثيب.

والجوابُ: أنه إذا افتضَّها بالإصبع لم يحصل له بالوطء كمال اللذة؛ لأنه لم يطأ بكرًا، وفِي مسألتنا قد حصل له كمالُ اللذة، لأنه وطئ بكرًا، فمن حيث وطئ بكرًا واستوفىٰ لذة البكر بالوطء، لزمه مهر البكر، ومن حيث أتلف جزءًا له أرش لزمه أرشه.

فإن قيل: قد قال الشافعي: إذا تزوج بها زوجية فاسدة، ووطئها وهي بكر، لزمه مهر مثلها، ولا يجب عليه أرش الافتضاض، وهذا مناقضة.

فالجوابُ: أن هاهنا لا يجب بالافتضاض؛ لأن الوطء مقصود فِي النكاح، ولهذا لا يجوزُ أن يتزوج بامرأة لا يحل له وطئها، وإذا كان مقصودًا

(١) نقله بحر المذهب (٥/ ٢٦) عن المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

كان إتلاف ذلك الجزء مأذونًا فيه، فلم يجب عليه أرشه، كما إذا قالت لرجل «افتضني بإصبعك» فافتضها، لم يجب عليه أرشُه، وكذلك إذا قالت «اقطع يدي» فقطعها؛ لم يلزمه أرشُ اليد، فكذلك هاهنا.

وليس كذلك البيع، فإنه يجوز علىٰ التمليك، وهو المقصود منه دون الوطء، ولهذا يجوزُ شراءُ جارية لا يحلُّ له وطؤها، فلم يكن البيع متضمنًا للإذن فِي وطئها، وإنما يحل له وطؤها إذا كان البيع صحيحًا، لكونها ملكًا له دون العقد، فإذا كان كذلك، كان متلفًا لذلك الجزء بغير الإذن فلزمه أرشُه.

هذا إذا لم يحبلها، فأما إذا أحبلها كان الكلام فِي حكم الولد وفِي حكمها.

فأما الولد فإنه حرٌّ؛ لأنه وطئها علىٰ أنها جاريته، وأن يكون الولد حرًّا، فكان ذلك شبهة فِي لحوق نسبه وعتقه، ولا ولاء لأحد عليه؛ لأنه انعقد حرًّا، وإنما يثبت عليه الولاء إذا مسَّه الرق، ثم زال بالعتق، ويجب علىٰ الواطئ قيمته يوم سقط حيًّا، وقال أبو حنيفة: يوم المحاكمة، وهذا غلطٌ؛ لأن حال سقوطه وانفصاله عن أمه هو[1] الحال التي وقعت الحيلولة بينه وبين مالكه بأن يده تثبت عليه فِي هذا الوقت، فإذا كان كذلك، وجب اعتباره، ولأن هذا أول حال يمكن تقويمه وإدراك أوصافه فوجب اعتباره.

وإن ولدته ميتًا فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه فِي حال وجوب قيمته لم يكن له قيمة، لأن الميت لا قيمة له.

فإن قيل: أليس لو ضرب رجلٌ جوف امرأة فألقت جنينًا ميتًا وجب عليه غُرة عبدٍ أو أمة؟ فهلا قلتم إنه يجب علىٰ الواطئ؟

فالجوابُ: أن الضارب قد جنىٰ عليه وقطع نماءه، ولو عجز يلزمه

---

(١) في (ف ، ق) : «وهو»!

ضمانه، والواطئ لم يجن عليه، وإنما يضمن لأنه حال بينه وبينه، وفِي حال ثبوت يد المولىٰ عليه كان ميتًا فلم يلزمه ضمانه.

وإن ضرب أجنبيٌّ جوف هذه المرأة فأسقطت هذا الجنين ميتًا، لزمه غرة عبد أو أمة، وللسيد أقلُّ الأمرين من قيمته لو خرج حيًّا أو الغرة، فإن كانت القيمة أقلَّ كان له قدر القيمة والباقي لورثته، وإن كانت الغرة أقلَّ فهي له، وقد نقص حقه بالعتق الذي هو منسوب إليه.

هذا الكلامُ فِي بيان حكم الولد، وأما الكلامُ فِي حكمها، فلا يخلو من أن تَسْلَم فِي الولادة أو تموت، فإن سلمت وجب عليه ردها وما نقص بالولادة من قيمتها، وإن ماتت فِي الولادة لزمته قيمتها، لأنها مضمونة عليه، وإن ردها حاملًا وولدت فِي يد البائع، لزمه ما ينقص بالولادة، وإن ماتت فيها لزمته قيمتها؛ لأنها نقصت أو تلفت بسبب من جهته.

فإن قيل: إذا أكره امرأةً علىٰ الزنا، ثم ماتت فِي الطلق لم يلزمه ديتها، فما الفرق بينهما؟

فالجوابُ: أن أصحابنا قالوا فيها قولان؛ أحدهما: تجب ديتُها، فعلىٰ هذا سقط السؤال، والثاني: لا تجب؛ لأنه عتق محكوم بأنه منه وغير ملحق به، فإذا كان كذلك لم تجب عليه ديتها، لأنَّا نقولُ إنه بسبب من جهته، وقد قيل: إن ضمان المملوكة أوسع؛ لأنها[1] تضمن باليد وبالجناية، والحرة لا تضمن إلا بالجناية، والفرق الأول أصح عندي.

وأما إذا ملك هذه الجارية بعد ذلك، فهل تصير أم ولد؟ فيه قولان:

أحدهما: لا تصير أم ولده؛ لأنها علقت منه فِي غير ملكه، قياسًا علىٰ من أولد جارية غيره فِي النكاح.

---

(١) في (ف، ق): «لأنه».

والثاني: تصير أم ولده؛ لأنها علقت بحر، أصله: إذا علقت به فِي ملكه، والله الموفق للصواب.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وَلَوْ كَانَ بَاعَهَا فَسَدَ الْبَيْعُ حَتَّى تُرَدَّ إِلَى الْأَوَّلِ، فَإِنْ مَاتَتْ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا كَانَ أَكْثَرَ مِنْ الثَّمَنِ الْفَاسِدِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا قبض المشتري عن بيع فاسد فقد قلنا إنه لا يملكه، ولا يجوزُ تصرفه فيه، فإذا باعه كان البيع فاسدًا؛ لأنه باع ما لا يملك بيعَه، فإذا ثبت أن البيع فاسد نُظِر:

فإن كان المبيع قائمًا أخذه مالكُه، وهو البائعُ الأول، سواء وجده فِي يد المشتري الأول أو المشتري الثاني؛ لأنه ملكُه ولا حق لغيره فيه.

وإن كان تالفًا، كان له أن يطالب بقيمته كلَّ واحدٍ منهما؛ لأن الأول لم يبرأ بتسليمه إلىٰ الثاني، لأنه سلَّم إليه بغير إذن صاحبه، والمشتري الثاني قبضُه مضمون[٢] بالإجماع.

فإذا ثبت هذا، فهل يجب أكثر ما كانت قيمته، أو بعين قيمته أكثر ما كانت قيمته وقت التلف؟

فإن الشافعي قال فِي «كتاب الغصب»[٣]: يجب علىٰ الغاصب ضمان أكثر ما كانت قيمته من حين غصب إلىٰ أن تلف، ثم قال: وكذلك البيع الفاسد.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).
(٢) ويمكن أن يكون السياق: قبضه مضمونًا.
(٣) الأم (٣/ ٢٥٢).

فذهب أكثر أصحابنا إلىٰ ظاهره، وجعله بمنزلة المغصوب، ومنهُم مَن قال: تعتبر قيمتُه وقت التلف، وحمل قوله «وكذلك البيع الفاسد» فِي الضمان دون تبقيته[1]، فإذا قلنا يلزمه أكثر ما كانت قيمته، فوجهه أنه لزمه رده فِي حال زيادة قيمته، فإذا نقصت لزمه ضمانها، كما نقول فِي زيادة المغصوب فِي يد الغاصب.

وإذا قلنا تُعتبر قيمتُه وقت التلف، فوجهه أنه قبضه بإذن مالكه فوجب أن يعتبر فِي ضمانه وقت التلف، قياسًا علىٰ العارية، فإن المذهَبَ المشهورَ أن المستعير يجب عليه قيمتُها وقت التلف.

فإذا ثبت هذا نُظِرَ فِي قيمة المبيع، فإن كانت قيمته فِي يدهما واحدة، فإنه يطالب بقيمته، إن شاء المشتري الأول، وإن شاء المشتري الثاني؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما ضامنٌ لقيمته، فإن طالب الأول وغرمه رجع علىٰ الثاني، وإن طالب الثاني وغرمه لم يرجع علىٰ الأول؛ لأن تلف المبيع حصل فِي يده، فاستقر الضمان عليه.

وإن كانت قيمته فِي يد أحدهما زائدة وفِي يد الآخر ناقصة، مثل أن تكون قيمته ألفًا فِي يد الأول فلما سلَّمه إلىٰ الثاني زادت فصارت ألفين ثم تلفت، فهو كما لو لم يختلف وكانت القيمة فِي يدهما واحدة؛ لأن ما يحصل فِي يد الثاني مضمون علىٰ الأول والثاني.

وإن كانت قيمته فِي يد الأول ألفين، ثم نقصت فصارت ألفًا، ثم سلمه إلىٰ الأول، فله أن يطالب الأول بالزيادة دون الثاني؛ لأن الأول هو الذي ضمنها، وأما المشتري الثاني فلم يضمنها، وأما الباقي فإنه إن شاء طالب به الأول وإن شاء طالب به الثاني؛ لأن كلَّ واحدٍ ضامن له.

---

(١) في (ق): «كيفيته».

• فَصْلٌ •

إذا اشترى رجلٌ من رجل عبدًا، وشرط البائع على المشتري أن يعتقه، فإن الذي نص عليه فِي كتبه أن الشرط صحيحٌ والبيع صحيحٌ، وروىٰ أبو ثور عنه أنه قال: الشرط فاسدٌ والبيع صحيحٌ، حكاه القاضي أبو حامد عنه، والأول هو المشهور، وقال أبو حنيفة: الشرطُ فاسدٌ والبيعُ فاسدٌ.

واحتجَّ من نصر قول أبي حنيفة بما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن بيع وشرط[1]، فهو علىٰ عمومه.

ومن القياس: أنه شرط علىٰ المشتري ما يزيل ملكه عن المبيع، فوجب أن يمنع صحة البيع، أصله: إذا شرط عليه أن يبيعه.

وأيضًا؛ فإنه شرط فِي البيع ما لا يقتضيه ولا مصلحة له فيه، فوجب أن لا يصح، أصله: إذا قال «بعتُك هذه الجارية علىٰ أن لا تطأها أو لا تخرجها من هذا البلد ولا تبيعها».

وأيضًا؛ فإنه إذا اشترىٰ عبدًا علىٰ أن يكاتبه أو يدبره، أو اشترىٰ جارية علىٰ أن يحبلها كان الشرط فاسدًا والبيع فاسدًا، فكذلك هاهنا.

وأيضًا؛ فإن المشتري بالخيار، إن شاء أعتق العبد، وإن شاء ترك إعتاقه، وقد ثبت أن البائع لو شرط أن لا يعتقه لم يصح البيع؛ لأنه قطع خياره، وكذلك إذا شرط أن يعتقه، وجب أن لا يصح؛ لأنه قطع خياره.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روي أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة لتعتقها ويكون الولاء لمواليها، فصعد النبي ﷺ المنبر فقال: «**ما بالُ أقوامٍ يشترطُونَ**

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤٣٦١) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل، واستنكره أحمد وغيره.. بيان الوهم والإيهام (٥/ ٧٧٤) والبدر المنير (٦/ ٤٩٧ - ٤٩٨).

شُرُوطًا ليستْ فِي كتابِ اللهِ، ألا كلُّ شَرطٍ ليسَ فِي كتابِ اللهِ، فهو باطلٌ وإنْ كَانَ مِائة شرطٍ، فشرطُ الله أوثقُ، وقضاءُ اللهِ أحقُّ، وإنَّما الولاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[1]، فبيَّن لهم النبي ﷺ أن شرط الولاء لا يصح، ولم يذكر شرط العتق، ولو كان شرط العتق لا يجوزُ لبينه لهم أنه لا يجوز، كما بين أن شرط الولاء لا يجوز.

ومن القياس: أنه عقدٌ يُضمن المعقودُ عليه بالعوض فيه، فوجب أن يكون العقد صحيحًا، قياسًا علىٰ سائر العقود الصحيحة.

فإن قيل: إنما استحسنه أبو حنيفة وأنفذ عتق المشتري بالثمن، ولا يجوزُ القياس علىٰ موضع الاستحسان.

فالجوابُ: أنَّا لم نَقِس علىٰ الثمن وإنما قِسنا علىٰ سائر العقود، وليس سائر العقود موضع الاستحسان، وعلىٰ أن القياس علىٰ موضع الإجماع جائز والاعتبارُ[2] بطريق الحكم المجمع عليه.

فإن قيل: يجب الثمن لأنَّه يكون بمنزلة ما لو قال له: «أعتق عبدك بألف» فأعتقه لزمه العوض.

فالجوابُ: أن الثمن فِي البيع فِي مقابلة الرقبة دون العتق، فلا يجوزُ أن يجعله فِي مقابلة العتق، علىٰ أنه إن كان بمنزلته وجب أن يكون صحيحًا، كما كان البدل صحيحًا، فسقط السؤال.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من نهيه ﷺ عن بيع وشرط، فهو أن المراد به شرط فاسد، فلم يتناول شرط العتق؛ لأنه شرطٌ صحيحٌ عندنا.

يدل علىٰ أن المراد به شرطٌ فاسدٌ، لأن كلَّ شرطٍ صحيح يجوز كشرط الخيار، والأجل، والرهن، والكفيل.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٥٦) ومسلم (١٥٠٤).

(٢) في (ف، ق): «ولا اعتبار».

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على شرط البيع، فهو أن المعنىٰ فِي البيع أنه لا يقتضيه شيءٌ من البيوع، وليس كذلك العتق، فإنه يقتضيه بعض البيوع ويفضي إليه، وهو إذا اشترىٰ [والدة أو مولودة](١)، فإنه يصح الشراء ويعتق عليه، وجعل فِي الكتابة مقصودًا بها.

ولأن البيع لا يصِحُّ بذل المال فِي مقابلته، ويصح بذلُ المال فِي مقابلة العتق، ولأن للعتق مزيَّةً فِي الأصول علىٰ البيع وغيره؛ لأنه جُعل له تغليبٌ وسرايةٌ وتكميلٌ، فلم يجز اعتباره بغيره.

وأما الجوابُ عن القياس الآخر، فهو أنه منتقضٌ بشرط الأجل والخيار، وعلىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل ما ذكرته.

وأما الجوابُ عن شرط التدبير، والإحبال، والكتابة، فهو الذي ذكرتُه أنه لا يقتضيه شيءٌ من البيوع، ولا يجوزُ بذل المال فِي مقابلته.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أنه إذا باع بشرط العتق فقد قطع خيار المشتري، فهو أن ذلك يبطل بشرط خيار الثلاث للبائع، فإنه يقطع خيار المشتري؛ لأنه لا يجوزُ له التصرف فِي المبيع فِي مدة الخيار، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه، فإن المشتري إذا عتق العبد فقد وفىٰ بالشرط، وإن لم يعتقه فهل يجبر عليه؟ وجهان:

أحدهما: يُجبر عليه؛ لأن شرط العتق إذا صح قد صح وصار مستحقًّا، فإذا كان العتقُ مستحقًّا فِي عبدٍ بعينه، ثم امتنع منه وجب الإجبارُ عليه، أصله: إذا نذر عتق عبده.

---

(١) في (ق): «والده أو مولوده».

والثاني: لا يُجبر عليه، ولكن يُجعل للبائع الخيار، أصله: إذا باع شيئًا بثمن مؤجل وشرط أن يرهن عبدًا بعينه فامتنع المشتري من تسليم الرهن، فإنه لا يُجبر عليه، ولكن البائع يثبت له الخيار، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه من غير رهن، فكذلك هاهنا، وإن مات العبد قبل أن يعتقه ففيه وجهان:

أحدهما: يكون للبائع الخيار، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه؛ لأنه تعذَّر الوفاء بشرطه، فوجب أن يثبت له الفسخ، كما إذا امتنع المشتري من إعتاقه والعبد باقٍ.

والثاني: يرجع البائع علىٰ المشتري بما يقتضيه شرط العتق من نقصان الثمن؛ لأن من باع عبدًا بشرط العتق فلا بد أن ينقص جزءًا من الثمن، وطريقه أن يقال: كم يساوي بشرط شراء العتق؟ فيقال تسعمائة، وكم يساوي مطلقًا؟ فيقال ألفًا، فعلم أن النقصان هو عُشر القيمة، ويرجع بعشر الثمن.

فإن قيل: هلَّا قلتم مع بقاء العبد - وقد امتنع المشتري من العتق - أنه يرجع بذلك؟

فالجوابُ: أن هناك يمكن إجباره علىٰ العتق، فأجبرناه عليه فِي أحد الوجهين، ويمكن رده فجبرناه فِي الوجه الآخر، وهاهنا قد تعذر الإجبار؛ لأن الميت لا يصِحُّ إعتاقه وتعذر التخيير؛ لأنه لا يمكن رده فجعلنا له الرجوع بالنقص، كما يرجع بالأرش إذا تعذر الرد بالعيب.

• فَصْلٌ •

إذا باع دارًا واستثنى سُكناهَا لنفسه مدة معلومة لم يجز البيع، وكذلك إذا باع دابة واستثنى ركوبها مدة أو مسافة معلومة، لم يصح البيع. وبه قال أبو

حنيفة، وقال الأوزاعي، وأحمد، وإسحاق: يصح ذلك. وبه قال محمد بن إسحاق بن خزيمة، وقال مالك: يجوز فِي المدة اليسيرة كاليوم واليومين.

واحتج من نصر قولهم بما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أنه باع من رسول الله ﷺ جملًا، واشترط حُملانه إلىٰ أهله بالمدينة[١]، وهذا يدل علىٰ جوازه.

وأيضًا؛ فإنَّ من أجَّر داره مدة معلومة، ثم باعها صح البيع، ويكون منفعتها مدة الإجارة مستثناة، فكذلك هاهنا، ولا فرق بينهما.

وأيضًا؛ فإنه لو باع نخلًا مطلعة لم تؤبر، واستثنىٰ البائع طلعها صح، وتبقىٰ الثمرةُ علىٰ النخل حتىٰ تبلغ أوان الجداد، وهذا استثناء منفعة المبيع، فكذلك استثناء السكنىٰ والركوب وجب أن يكون جائزًا.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن بيع وشرط[٢] والنهيُ يدل علىٰ فساد المنهي عنه.

وأيضًا؛ فإنه بيعٌ استثنىٰ البائع منه منفعة المبيع لنفسه، فوجب أن لا يصح، أصله: إذا باع جارية واستثنىٰ أن يستمتع بها مدة معلومة.

وأيضًا؛ فإنه شرطٌ لا يقتضيه العقد، ولا تتعلق به مصلحته، ولم يُبن علىٰ التغليب والسراية، فوجب أن لا يصح، أصله: إذا باع بشرط أن لا يبيعها أو لا يطأها، وما أشبه ذلك.

وأما الجوابُ عن حديثِ جابر، فهو أن الشرط كان متأخرًا عن البيع، فلم

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧١٨) ومسلم (٧١٥) ولفظه: فاستثنيت حملانه إلىٰ أهلي.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤٣٦١) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع وشرط، البيع باطل، والشرط باطل، واستنكره أحمد وغيره.. البدر المنير (٦/ ٤٩٧- ٤٩٨).

يقدح فِي البيع، يدل عليه ما روي فِي بعض ألفاظه: فلما نقدني الثمن شرطت حُملاني إلىٰ المدينة[١].

وأما الجوابُ عن قياسِهِم عن بيع الدار المستأجرة، فهو أن لنا فيه قولين:

أحدهما: لا يجوز، فسقط القياس.

والثاني: يجوز، فعلىٰ هذا أن المنفعة قد صارت مستحقةً بالعقد الذي قبل البيع، وصارت مستثناةً بالشرع دون الشرط، فلم يضر العقد كما نقول فيمن زوَّج أَمته ثم باعها صحَّ البيع، فيكون الاستمتاع مستثنىٰ فِي البيع للزوج، وإن باعها واستثنىٰ الاستمتاع، لم يجز، فدل علىٰ الفرق بينهما.

وأما الجوابُ عن الطلع فمن وجهين:

أحدهما: أن منفعة النخل غير مستثناة فيه؛ لأن منفعة المشتري فيها هي الثمرة فِي كل سنة، وتبقية الطلع عليها إلىٰ أوان الجداد ليس فيه تفويتٌ لمنفعتها علىٰ المشتري.

والثاني: أن ذلك استثناء عين وتعيين للبيع فِي غيرها ومثل هذا لا يجوز، ويخالف ذلك أن يستثني منفعة المبيع، ألا ترىٰ أنه لو باع دارًا واستثنىٰ بيتًا منها صحَّ البيع، وإن باع شجرة واستثنىٰ ورقها جاز، وإذا كان كذلك صح الفرق بينهما، والله أعلم بالصواب.

---

(١) لم نقف علىٰ تخريج هذه الرواية بهذا اللفظ، وقد سبقنا إلىٰ هذا ابن حجر رَحِمَهُ اللَّهُ فقال في الفتح (٥/ ٣١٩): ووقع في كلام القاضي أبي الطيب الطبري من الشافعية أن في بعض طرق هذا الخبر (فلما نقدني الثمن شرطت حملاني إلىٰ المدينة) واستدل بها علىٰ أن الشرط تأخر عن العقد، لكن لم أقف علىٰ الرواية المذكورة، وإن ثبتت فيتعين تأويلها علىٰ أن معنىٰ (نقدني الثمن) أي قرره لي واتفقنا علىٰ تعيينه؛ لأن الروايات الصحيحة صريحة في أن قبضه الثمن إنما كان بالمدينة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ اشْتَرَى زَرْعًا، وَاشْتَرَطَ عَلَى الْبَائِعِ حَصَادَهُ، كَانَ فَاسِدًا)[١].

وهذا كما قال.. لهذه المسألة تقدمةٌ لا بد من بيانها هاهنا، وهي إذا جمع بين البيع والإجارة فِي صفقة واحدة، مثل أن يقول «بعتُك هذه الدار، وآجرتُك هذه الدار سنة واحدة بألف درهم»، فهل يصحان أو يبطلان؟ قولان؛ أحدهما: يبطلان، والثاني: يصحان، وهو القول الصحيح.

فإذا قلنا يبطلان، فوجهه أن أحكامهما مختلفة؛ لأن شرط خيار الثلاث فِي البيع جائز وفِي الإجارة لا يجوز، وتنفسخ الإجارة بتلف الدار المستأجرة بعد تسليمها إلىٰ المستأجر، ولا ينفسخ البيع بعد تسليم الدار المبيعة إليه، وإذا كان كذلك لم يجز أن تجمع الصفقة الواحدة أحكامًا[٢] مختلفة متباينة، فلم يصح.

وإذا قلنا يصحان، فوجهه أنه يجوز إفرادُ كلِّ واحدٍ من العقدين، فجاز الجمعُ بينهما، كما إذا باع عبدين أو دارين أو ثوبين صفقة واحدة، صحت الصفقة فيهما كما إذا أفرد كل واحد منهما.

وأما الجوابُ عن اختلاف الأحكام، فهو أن هذا لا يمنع من صحة الصفقة، ألا ترىٰ أن من اشترىٰ شِقْصًا من دار أو أرض مع ثوب أو سيف بثمن واحد صح العقد، وأخذ الشفيع الشِّقص بما يخصه من الثمن، وترك السيف أو الثوب علىٰ المشتري.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٢) في (ف، ق): «أحكامها».

وأما إذا قال «بعتُك هذه الدار بألف وآجرتُك هذه الدار سنة» صح العقدان جميعًا، لأنهما صفقتان.

وإذا ثبت هذا، فإذا اشترىٰ زرعًا، واشترط علىٰ البائع أن يحصده، كان الزرع مما يجوز بيعه، إما أن يكون قَصِيلًا، أو يكون قد عقد الحب واشتد وهو شعير؛ لأن السنبل من الشعير يجوز بيعه، ولا يجوزُ بيع السنبل من الحنطة؛ لأن الحب مغيب فِي كمام لا يدخر عليه.

فقد اختلف أصحابُنا فيه، فقال أبو إسحاق المروزي: فيه قولان، أحدهما: يبطلان، والثاني: يصحان؛ لأنه بيع وإجارة فِي صفقة واحدة؛ فإنه باع الزرع وآجر نفسه لحصاده بعوض واحد؛ وقال غيره: هذا لا يصِحُّ قولًا واحدًا لثلاثة معانٍ:

أحدها: أنه استأجره لحصاد زرع لا يملكه؛ لأنه يملكه بقبول البيع، وتكون الإجارة سابقة له؛ لأنها غير متأخرة عن القبول.

والثاني: أن الحصاد يجب علىٰ المشتري، وإذا شرطه علىٰ البائع فقد شرط فِي البيع ما ينافِي مقتضاه.

والثالث: أنه يتضمن تأخير تسليم العين؛ لأن الظاهر منه أنه سلمه إليه محصودًا، وهذا يؤخر تسليم العين، فلا يجوزُ شرطه فِي البيع.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: بِعْنِي هَذِهِ الصُّبْرَةَ كُلَّ إرْدَبٍّ بِدِرْهَمٍ عَلَى أَنْ تَزِيدَنِي إرْدَبًّا أَوْ أُنْقِصُك إرْدَبًّا كَانَ فَاسِدًا)[١].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

وهذا كما قال.. الأردب أربعة وعشرون صاعًا؛ وذلك يستعمله[١] أهل مصر؛ **وفيه عشر مسائل:**

إحداها: أن يقول «بعتُك هذه الصُّبْرة بعشرة دراهم» فيصح البيع؛ لأن الصُّبْرة مشاهدة، ومشاهدة المبيع تغني عن معرفة مقداره، كما إذا باع ثوبًا بعينه، أو دارًا بعينها، أو كتابًا بعينه، لم يجب معرفة ذرعان الدار، والثوب، ومقدار عدد ورقات الكتاب، فإذا كان كذلك صح البيع؛ لأن الصُّبْرة مشاهدة والثمن معلوم.

فإن قيل: الصُّبْرة باطنها غير مشاهد، فوجب أن لا يجوزُ كما لا يجوزُ بيع الثوب مطويًّا.

فالجوابُ: أن فِي مشاهدة باطن الصُّبْرة مشقةً شديدةً، وربما لا يمكن ذلك؛ لأن الحبوب يقع بعضُها علىٰ بعض، ولا يمكن النظر إلىٰ جميعها، فإذا كان كذلك أقيم رؤية ظاهرها مقام رؤية جميعها، كما نقول فِي بيع الجوز، واللوز، والبطيخ، والبيض، وما أشبه ذلك.

فإذا اشتراها، فإن كان باطنها مثل ظاهرها لم يكن له الخيار، وإن كان باطنها متغيرًا كان له خيار العيب والتدليس، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه، وكذلك إن كانت الصُّبْرة علىٰ دكة كان له الخيار؛ لأن ذلك تدليس.

والمسألة الثانية: أن يقول «بعتُك هذه الصُّبْرة كل أردب أو كل قفيز بدرهم»، فيصح البيع، وقال أبو حنيفة: لا يصح؛ لأن مبلغ الثمن مجهول.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأن الثمن إذا كان فِي التفصيل معلومًا أغنىٰ عن معرفة مقداره فِي الجملة، كما إذا كان فِي الجملة معلومًا أغنىٰ عن معرفة

---

(١) في (ف، ق): «يستعمل».

مقداره[1] فِي التفصيل.

وأيضًا؛ فإنه قد صار معلومًا، وإنما يحتاج أن يكيلها فيعرف مبلغ الثمن، فهو بمنزلة أن يبيع السلعة مرابحة، فيجيز شراءها بمائة درهم ويبيع بربح دانق علىٰ مائة فيصح، وإن لم يكن مبلغ الثمن معلومًا لهما؛ لأنه إنما يحتاج أن يحسب حتىٰ يصير معلومًا، وكذلك هاهنا.

والمسألة الثالثة: أن يقول «بعتُك عشرة أرادب أو أقفزة من هذه الصُّبْرة بكذا وكذا» فإنه يصح، وقال داود: لا يصح؛ لأن المبيع ليس بمشاهد بعينه، ولا معلوم بالوصف، فلم يصح، كما إذا قال «بعتُك عشر أذرع من هذه الدار، ومن هذا الثوب».

وهذا غيرُ صحيح؛ لأنه باع مقدارًا معلومًا من صُبْرة مشاهدة، فأشبه إذا باع نصفها، أو ربعها، أو ثلثها.

وأما الجوابُ عن الدار والثوب، فهو أن جوانبها تختلفُ فِي القيمة فِي الغالب، وجوانب الصُّبْرة تتفق، فافترقا.

والمسألة الرابعة: أن يقول «بعتُك من هذه الصُّبْرة كل أردب بدرهم»، أو «كل قفيز بدرهم»، فإنه لا يجوز؛ لأن (من) للتبعيض، والبعضُ المبيعُ مجهولٌ فلم يصح.

والمسألة الخامسة: أن يقول «بعتُك نصف هذه، أو ثلثها، أو ربعها»، فإنه يصح؛ لأنه باع جزءًا مشاعًا معلومًا من جملة مشاهدة، ومثل ذلك يصحُّ فِي الدار والأرض والثوب، فيقول «بعتُك نصف هذه الدار»، أو «نصف هذا الثوب» فإنه يجوز.

والمسألة السادسة: أن يقول «بعتُك هذه الصُّبْرة كل أردب بدرهم»، أو

---

(١) زيادة ضرورية .

«كل قفيز بدرهم، علىٰ أن أزيدك أردبًّا أو أنقصك أردبًّا، والخيار لي فِي الزيادة والنقصان»، فإن هذا لا يجوز؛ لأن المبيعَ مجهولٌ؛ لأنه لا يدري أيزيده أو ينقصه.

والمسألة السابعة: أن يقول «بعتُك هذه الصُّبْرة كل أردب بدرهم، علىٰ أن أزيدك أردبًّا»، فإنه لا يجوز؛ لأنه إن أراد بالزيادة هبة، فهو فِي معنىٰ بيعتين فِي بيعه؛ لأنه شرط عقدًا فِي عقد، وهذا لا يجوزُ كما قال «بعتُك هذا علىٰ أن أتاجرك هذا بكذا»، وإن أراد أن يزيد فِي المبيع فإنه لا يجوز؛ لأن الصُّبْرة إذا لم تكن معلومةَ المقدار فإذا قسم الأردبَ الزائدَ علىٰ الأرادب كان ذلك أردبًا وشيئًا بدرهم، وذلك مجهولٌ ولا يجوز.

وفيه علةٌ أخرىٰ، وهو أن الأردبَ المزيدَ ليس بمشاهد، ولا يجوزُ بيعُ المشاهد مع ما لم يُشاهد.

والمسألة الثامنة: أن يقول «بعتُك هذه الصُّبْرة - وهي عشرة أرادب - كل أردب بدرهم، علىٰ أن أزيدك أردبًّا»، فإنه ينظر فيه، فإن لم يعين الأردبَ المزيدَ لم يجز؛ لأنه غير مشاهد، فيكون بيعَ معلومٍ مع مجهول، وإن عين جاز ذلك؛ لأنه يصير كأنه باع كلَّ أردبٍّ وعشرةً أرادب بدرهم، وذلك معلوم.

والمسألة التاسعة: أن يقول «بعتُك هذه الصُّبْرة كل أردب بدرهم، علىٰ أن أنقصك أردبًّا»، لم يصح؛ لأن معنىٰ هذا إن آخذ منها أردبًّا وأحسب عليك ثلاثة فيكون كلُّ أردبٍّ بدرهم وشيء وهو مجهول؛ لأن الصُّبْرة مجهولة الأرادب.

وفيه علةٌ أخرىٰ، وهي أنه استثنىٰ معلومًا من صُبْرة مجهولة المقدار، وهذا أيضًا يمنع صحة البيع.

والمسألة العاشرة: أن يقول «بعتُك هذه الصُّبْرة - وهي عشرة أرادب - كل أردب بدرهم، علىٰ أن أنقصك أردبًّا»، فإنه يجوز، ويكون كلُّ أردبٍّ بدرهم وتُسع درهم، وذلك معلومٌ، ويجوز أن يستثني مدًّا من صُبْرة إذا كانت الصُّبْرة معلومة المقدار، وإنما لا يجوزُ ذلك إذا كانت مجهولة المقدار؛ لأن استثناء المعلوم من المجهول لا يجوز، والله الموفق للصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْبَابِ الَّذِي بَعْدَهُ: (وَلَوْ اشْتَرَى مِائَةَ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ لَمْ يَجُزْ؛ لِجَهْلِهِ بِالْأَذْرُعِ مِنَ الدَّارِ)[1] إِلَى آخِرِهِ.

وهذا كما قال.. وجملتُهُ أنا قد ذكرنا مسائل الصُّبْرة من الطعام، وهكذا كلُّ ما تساوىٰ أجزاؤه من المكيل والموزون، فأما ما لا تساوىٰ أجزاؤه، مثل الدار، والثوب، فإنا نذكر مسائل الدار، ثم نذكر مسائل الثوب.

فأما الدار فإنه إذا قال «بعتُك هذه الدار وهذه الأرض بألف درهم»، كان جائزًا، وإذا قال «بعتُك نصفها»، أو قال «ثلثها»، أو قال «ربعها»، كان جائزًا. وإذا قال «بعتُك هذه الدار كل ذراع منها بدرهم» كان جائزًا، وقال أبو حنيفة: لا يجوز، وقد بيناه.

وإذا قال «بعتُك عشرة أذرع من هذه الدار كل ذراع بدرهم» لم يجز؛ لأن أجزاء الدار تختلف فِي القيمة، ويخالف الدار الصُّبْرة فِي ذلك، وقد بينت هذا الفرق فيما مضىٰ.

وإذا قال «هذه الدار مائة ذراع، وقد بعتُك عشرة أذرع منها بكذا» جاز البيع. وقال أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأن الذراع عبارة عن بقعة مخصوصة،

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

وذلك مجهول.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأن عشر أذرع من مائة ذراع هي عشرها، فلا فرق بين أن يقول «بعتُك عشرها» وبين أن يقول «بعتُك عشر أذرع من مائة ذراع».

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن الذراع عبارة عن بقعة مخصوصة، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك، وإنما هو اسمٌ لقدر مخصوص، فإذا أضيف إلىٰ عدد كان عبارة عن سهم منها، فإذا قال «بعتُك نصيبي من هذه الدار»، قال الشافعي[1]: لم يجز، إلا أن يتصادقا بأيهما نصيبه قبل عقدة البيع وعندها.

وإذا قال «بعتُك نصيبًا من هذه الدار»، ولم يقل «نصيبي» فالبيع باطل، وإذا قال «بعتُك من هاهنا إلىٰ هاهنا» جاز؛ لأنها معلومة بالمشاهدة.

وإذا قال «بعتُك من هاهنا عشرة أذرع إلىٰ حيث ينتهي»، ولم يبين آخره، ففيه وجهان؛ **أحدهما**: يصح؛ لأنه باعه جزءًا معلومًا من موضع معين، **والثاني**: لا يصح؛ لأن الموضع الذي ينتهي إليه المقدار غير معلوم، وذلك يختلف، ولهذا لا يجوزُ أن يقول «بعتُك ذراعًا من هذا الجانب من الدار» من غير تعيين، وإلىٰ هذا الوجه ذهب أبو علي فِي «الإفصاح» ولم يذكر فيه وجهًا آخر.

وإذا قال «بعتُك هذه الأرض علىٰ أنها مائة ذراع»، فكانت تسعين، فالمشتري بالخيار، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازه بجميع الثمن، وإن كانت أكثر من مائة ذراع ففيه وجهان:

أحدهما: يكون للبائع الخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يجيزه بجميع الثمن، كما إذا كان ناقصًا كان للمشتري الخيار، وهو المشهور.

والوجه الثاني: أن البيع باطل؛ لأن البائع لا يجبر علىٰ الزيادة؛ لأن البيع لم

---

(١) الأم (٧/ ١١٢).

يتناولها، والمشتري لا يُجبر علىٰ قبول مائة منها، لأنه لا يجوزُ أن يُجبره علىٰ قبول بعض الأرض، لأنه لم يرض بالشركة والتبعيض، فوجب أن يبطل.

• فَصْلٌ •

وأما الثوبُ إذا كان منشورًا، فإن مسائله بمنزلة مسائل الدار والأرض فِي جميع ما ذكرته، إلا فِي مسألة واحدة، وهي إذا باع ذراعًا معينًا من ثوب، فإن أصحابنا لا يختلفون أنه جائز فِي الدار، وهو إذا كان معلوم الابتداء والانتهاء.

واختلفوا فِي الثوب، فقال بعضُهم: يجوز قياسًا علىٰ الدار، وإليه ذهب ابنُ القفال فِي «التقريب»(١)، وقال بعضُهم: لا يجوز، ذكره أبو العباس بن القاص(٢) فِي «التلخيص» وقال: لا يجوز، وذكر أن الشافعي قاله. قال: وهكذا إذا باع ذراعًا من أسطوانة خشب لا يجوز، قال: قلته تخريجًا. قال: وإن كانت الأسطوانة مبنية من آجُر جاز(٣).

فإذا قلنا بهذا فوجهُه أن تسليم ذراع بعينه من الثوب لا يمكن؛ لأن تسليمَه لا يصِحُّ إلا بالقطع، وبعض الغزل ينتسِلُ بالقطع ويضطرب، ولا يمكنُ تسليمُه إلا بضرر يدخُلُ علىٰ واحدٍ منهما، ويخالفُ بيع ذراع بعينه من الدار؛ لأن تسليمَه ممكنٌ، فإنه يسلم بعلامة يميز بينها وبين غيرها، ثم يخلَّىٰ بينها وبين المشتري، ويخالف الأسطوانة من الطين والآجُر؛ لأن معناه إذا كان طرف الذراع آجُرةً صحيحةً يمكن رفعُها.

والأول أصح، والذي يجب عليه تسليمُ الذراع من الموضع الذي علم عليه وما يدخل من الضرر فقد رضيا به، فلا يقدح ذلك فِي البيع، والله أعلم.

---

(١) نقله بحر المذهب (٥/ ٤٠).

(٢) أحمد بن أحمد الطبري، البغدادي، شيخ الشافعية في طبرستان، توفي مرابطًا بطرسوس.

(٣) نقله بحر المذهب (٥/ ٤٠).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ: (وَلَوْ اشْتَرَطَ فِي بَيْعِ السَّمْنِ أَنْ يَزِنَهُ بِظُرُوفِهِ مَا جَازَ، وَإِنْ كَانَ عَلَى أَنْ يَطْرَحَ وَزْنَ الظَّرْفِ جَازَ)[١].

وهذا كما قال.. إذا كان السمنُ فِي ظرف مفتوح الرأس، فنظر إليه البائع والمشتري جاز بيعُه، ويكون النظرُ إليه من رأس الإناء بمنزلة النظر إلىٰ ظاهر الصُّبْرة.

فإذا ثبت هذا، فإن قال «بعتُك هذا السمن بمائة درهم» جاز، وإن قال «بعتُك هذا السمن نصفه أو ربعه أو ثلثه» جاز، وإن قال «بعتُك هذا السمن كلَّ رطلٍ بدرهم» جاز.

ويوزن السمن بظرفه، ثم يطرح عنه وزن الظرف، ويرد الظرف إلىٰ البائع، وإن قال «بعتُك هذا السمن كلَّ رطلٍ بدرهم، علىٰ أن يوزن مع ظرفه ولا يطرح وزن الظرف» لم يجز؛ لأنه شرطً أن يوزن مع المبيع غير المبيع، وهذا لا يجوز، كما إذا باع صُبْرة من طعام كلَّ قفيزٍ بدرهم، علىٰ أن تُكال معه صُبْرة أخرىٰ من الشعير لا يجوز.

ومسائلُ السمن بمنزلة مسائل الصُّبْرة ؛ لأن أجزاءه متساوية، فأغنىٰ عن الإعادة.

هذا إذا باع السمنَ وحدَه، وأما إذا باع السمنَ مع الظرف بعشرة دراهم جاز البيع؛ لأنه يجوز بيعُ عبدين مختلفين بثمن واحد، ويكون الثمن مقسومًا علىٰ قدر القيمتين، كما إذا اشترىٰ صُبْرة من طعام وعبدًا بثمنٍ واحدٍ أجزأه.

وإن قال «بعتُك هذا السمن مع الظرف كل رطل بدرهم»، فإن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

الداركي[١] قال: يجوز هذا[٢]؛ لأنه فِي التفصيل معلوم، كما إذا كان جنسًا واحدًا؛ لأنه إذا باع موازنة يجب أن يكون مقدار المبيع من كلِّ جنسٍ الذي جعل الثمن فِي مقابلته معلومًا، وهاهنا مجهول؛ لأنه إذا قال كلُّ رِطل بدرهم، لم يعلم كم من السمن، وكم من الظرف بدرهم، فلا يجوز.

فإن علما أن وزن الظرف ربع الجميع أو سدس الجميع جاز؛ لأنهما إذا علما ذلك فِي حال العقد، كان كلُّ ثلاثة أرباع رطل سمن وربع رطل ظرف بدرهم، أو كل خمسة أسداس رطل سمن وسدس رطل ظرف بدرهم، وذلك جزء معلوم من السمن والظرف، وقيمتُهما معلومةٌ، والله الموفق للصواب.

فرع

قال فِي «مختصر البويطي»[٣]: فإن اشترىٰ صُبْرة علىٰ أنها مائة كرٍّ، فلم يصب إلا خمسين كرًّا، فهو مخير إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء فسخ البيع[٤].

وقال أصحابنا: إن وجدها أكثر من مائة أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة لا يختلف أصحابنا فِي ذلك، ويخالف هذا الثوب والساحة والأرض[٥] علىٰ ما تقدم بيانه.

---

(١) أبو القاسم عبد العزيز بن عبد الله بن محمد بن عبد العزيز الداركي.

(٢) حكاه بحر المذهب (٥/ ٤٣).

(٣) مختصر البويطي (ص ٦١١ م ١٩٨٦).

(٤) نقله بحر المذهب (٥/ ٤٠).

(٥) يمكن قراءة (الثوب والساحة والأرض) بالنصب علىٰ المفعولية، وبالرفع علىٰ الفاعلية، والله أعلم.

والفرقُ بينهما أن الثمن ينقسمُ علىٰ الطعام بالأجزاء لتساوي قيمتها، وليس كذلك الخشب والثوب والأرض، فإن أجزاءها مختلفة القيمة، فلا يمكن قَسْمُ الثمن علىٰ الأجزاء، لأنا لا نعلم أن الذراع الناقص لو وجد كم كانت قيمته، فإذا كان كذلك خيَّرنا البائع فِي الزيادة بجميع الثمن، وخيَّرنا المشتري فِي النقصان بجميع الثمن، ولهذا قلنا إنه يجوز بيع قفيز من الصُّبْرة لأن الأجزاء لا تختلف، وإن باع ذراعًا من خشب أو دارًا أو ثوبًا لم يجز.

فرع

إذا اشترىٰ من رجل عشرة أقفزة من صُبْرة، وكالها علىٰ المشتري، وقبضها، ثم ادعىٰ أنه كان تسعة؛ ففيه قولان؛ أحدهما: القولُ قولُ القابض؛ لأن الأصل أن حقَّه باقٍ علىٰ البائع لانْبِرامه إلا بما يقر به، والقول الثاني: قولُ الدافع - وهذا هو الصحيحُ من المذهب - لأن المشتري قد قبض حقه، واستوفاه فِي الظاهر، وإنما يدعي الخطأ فِي الكيل، فيحتاج إلىٰ البينة، كما إذا قسم القاسِمُ الأرض بين الشركاء، ثم ادعىٰ بعضُهم الخطأ فِي القسمة والإضرار به فِي نصيبه لم يُسمع منه إلا ببينة.

وكذلك إذا سلَّم من الصلاة، ثم طرأ عليه شك فِي بعض أركانها لم يلزمه إعادتها؛ لأنها قد صحت فِي الظاهر، فلا تبطل بالشك، فكذلك هاهنا قد استوفىٰ حقه فِي الظاهر، وبرئت ذمة البائع منه، فلا تقبل دعواه النقصان إلا ببينة.

فرع

إذا قبض البائعُ الثمنَ، ثم ادعىٰ أن فيما قبضه زيفًا، وأنكر المشتري ذلك وذلك، وقال «هذا لم يكن فيما أعطيتُك»، فإن القولَ قولُ المشتري مع يمينه؛ لأن البائع يدعي عليه أنه قبضه منه فيحتاج إلىٰ تبيينه بالبينة؛ لأن الأصل أنه غير قابض منه ذلك.

فرع

إذا اشترىٰ عبدًا مأذونًا له فِي التجارة وعليه دين، فإنه لا خيار له؛ لأن دين التجارة يكون فِي ذمة العبد، ولا يتعلق برقبته ولا يباع منه، وإنما يتبع به إذا عتق وملك مالًا، فإذا كان كذلك لم يكن علىٰ المشتري ضرر، فلم يثبت له الخيار.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي الْبَيْعِ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثٍ بَعْدَ التَّفَرُّقِ فَسَدَ الْبَيْعُ)[1].

وهذا كما قال.. قد بينتُ هذه المسألة واستقصيتُ الكلام فيها فِي أول كتاب البيوع، فأغنىٰ عن الإعادة، والله أعلم بالصواب[2].



(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٢) بعده في (ق): تم الجزء المبارك بحمد الله تعالى وعونه وحسن توفيقه، ويتلوه إن شاء الله باب النهي عن بيع الغرر، والحمد لله وحده.

باب[١]
النهي عن بيع الغرر

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، عَنْ أَبِي حَازِمِ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ ابْنِ الْمُسَيِّبِ: أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ) .. قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ ثَمَنِ عَسْبِ الْفَحْلِ، فَلا يجوزُ بِحَالٍ)[٢].

وهذا كما قال.. قال[٣] أبو عبيد[٤]: عسْب الفحل، هو ضِراب الفحل، وثمنُه أجرتُه، وقد تسمىٰ الأجرة: عسْب الفحل؛ علىٰ طريق المجاز؛ لأن العربَ تُسمي الشيءَ باسم غيره إذا كان مجاورًا له، وكان منه بسبب، ولهذا يسمون المزادة: راوية، وهي اسم للجمل الذي يُستقىٰ عليه.

وإجارةُ الفحل للضِّراب حرامٌ، وعقدُ الإجارة عليه فاسدٌ، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك: تجوز[٥].

واحتج من نصر قوله بأنها منفعةٌ يجوز إعارتها، فجاز إجارتها، قياسًا علىٰ سائر المنافع، وأيضًا، فإن الإجارة إنما جازت لحاجة الناس إليها، والحاجة إلىٰ ضراب الفحل موجودة لطلب النِّتاج.

---

(١) كتب قبلها في (ق): بسم الله الرحمن الرحيم ، رب يسر بخير يا كريم.
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).
(٣) زيادة من عندنا فقط.
(٤) غريب الحديث (١/ ١٥٥ - ١٥٦).
(٥) وبه قال الحسن وابن سيرين وعطاء، وحكي عن بعض الشافعية، ومنهم ابن أبي هريرة وأبي ثور.. بحر المذهب (٥/ ٤٤).

وأيضًا، فإن استئجار الرجل لتلقيح النخل جائز، فكذلك يجب أن يكون استئجار الفحل لضِراب البهيمة جائز، ولا فرق بينهما.

وهذا غيرُ صحيح؛ لما روىٰ عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال: نهىٰ النبيُّ ﷺ عن بيع الغرر[1].

وروىٰ أبو هريرة رضي الله عنه قال: نهىٰ رسولُ الله ﷺ عن بيع الغرر، وعن بيع الحصاة[2].

وروىٰ ابنُ عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيع الغرر[3] وهذا بيعُ غرر؛ لأنه لا يُقدر علىٰ تسليم الضِّراب، فإنه يتعلق باختيار البهيمة ونشاطها.

وأيضًا، روىٰ أبو بكر بن المنذر بإسنادِهِ[4] عن عطاء، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: نهىٰ رسولُ الله ﷺ عن عسْب[5] الفحل[6].

وروىٰ أيضًا بإسنادِهِ عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن ثمن عسْب الفحل[7]، والمراد بالثمن هو الأجرة، وقد تُسمىٰ الأجرة ثمنًا؛ لأن الإجارة ضربٌ من البيوع[8].

وأيضًا، روىٰ بإسناده عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهىٰ

---

(١) أخرجه أحمد (٦٣٠٧، ٦٤٣٧).

(٢) أخرجه أحمد (٧٤١١، ٨٨٨٤، ٩٦٦٧، ١٠٤٣٩) ومسلم (١٥١٣).

(٣) أخرجه أحمد (٢٧٥٢).

(٤) الأوسط (٨٤٩٥).

(٥) عسب الفحل، هو ماؤه، يعني منيه، والمقصود النهي عن الأجرة مقابل ذلك.

(٦) أخرجه أحمد (١٠٤٨٩) وأبو يعلىٰ (٦٣٧١).

(٧) الأوسط (٨٤٦٤).

(٨) واعلم أن هذه المسألة ليست من مسائل البيع في الحقيقة، بل هي من الإجارات، لكن ذكرها ذكرها الشافعي هنا لهذا المعنىٰ.. بحر المذهب (٥/ ٤٥).

عن بيع ضِراب الفحل[١]. يريد به: إجارته.

وأيضًا، روىٰ بإسناده عن أبي هريرة ﵁: أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن كسب الفحل، وأجر المومِسة[٢].

والنهي يدل على فساد المنهي عنه[٣].

وأيضًا، ما روىٰ أبو بكر بن المنذر بإسناده[٤] عن أنس ﵁: أنه قال: جاء جاء رجلٌ من بني الصَّعق - أحد بني كِلاب - إلىٰ رسول الله ﷺ فسأله عن عسْب الفحل، فنهاه عنه، فقال: إنا نُكرم علىٰ ذلك، فرخَّص فِي الكرامة، فدل علىٰ أنه لا تجوز الأجرة، وإنما تجوز الكرامة عليه.

وأيضًا، فإنه أجرُ ما لا يُقدر علىٰ تسليمه، فأشبه إجارة الآبق.

وأيضًا، فإن الأجرة لا تخلو من أن تكون فِي مقابلة الإحبال[٥]؛ لأنه مِن فعل الله جل وعز، ولا يجوزُ أن تكون فِي مقابلة الماء لأنه لا قيمة له، ولأن العين لا تُملك بعقد الإجارة، ولا يجوزُ بذل العوض عليه بعقد الإجارة، قال أبو إسحاق: لأن ذلك من المكاسب الدنيئة الخبيثة.

وأما الجوابُ عن القياس، فهو أنه لا يجوزُ اعتبار الإجارة بالإعارة؛ لأن الغرر فِي الإجارة لا يجوز، وفِي الإعارة جائز.

ولهذا تجوز إعارة العين للانتفاع به فِي مدة مجهولة، وإلىٰ أن يرجع المعير فيها، ومثل هذا لا يجوزُ فِي الإجارة، ولأن الإعارة إباحة بغير عوض،

---

(١) الأوسط (٨٤٦٥).

(٢) الأوسط (٨٤٩٦).

(٣) ولكن ذكر بحر المذهب (٥/ ٤٤) أنه اختلف في تأويل هذه الأحاديث علىٰ قولين؛ الأول أن النهي للتنزيه نظرًا لدناءته وأنه من اتباع الجاهلية، والثاني أنه للتحريم وهو الصحيح.

(٤) الأوسط (٨٤٩٧).

(٥) يعني أنه لا يجوز والحالة هذه.

والإجارة معاوضة، وتجوز الإباحة فيما لا تجوز فيه الإجارة، ألا ترىٰ أنه تجوز إباحة الثمار والألبان، ولا تجوز إجارة النخلة والشجرة ليأخذ المستأجر ثمارها، ولا يجوزُ إجارة البهيمة ليأخذ المستأجر لبنها، وعلىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل أن سائر المنافع يقدر علىٰ تسليمها.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن ذلك يحتاج إليه، فهو أنه منتقضٌ باستئجار الفحل من الآدميين لنتاج الإماء، فإن ذلك مما يحتاج إليه، وهو محرم بالإجماع.

وأما الجوابُ عن التلقيح، فهو أن الأجير يقدر علىٰ تسليم عمله بأن (يقدر فيه قدرٌ)[١] وليس كذلك هاهنا؛ فإن صاحب البهيمة لا يقدر علىٰ تسليم المعقود عليه.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَمِنْ بُيُوعِ الْغَرَرِ عِنْدَنَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَك)[٢].

وهذا كما قال.. بيع الغرر لا يجوز[٣]، وبيوع الغرر التي لا تجوز: أن يبيع الرجل عينًا لا يملكها، ثم يشتريها، ويسلم إلىٰ المشتري.

والأصلُ في المنع من ذلك ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ حَكِيمًا عن بيع ما ليس عنده[٤]، وأيضًا، فإنه من بيوع الغرر، ولأنه يبيع ما لا يملكه، ولا يعلم أيقدر علىٰ شرائه أم لا.

---

(١) في (ف، ق): «يغرر فيه غرر».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٣) والغرر ما تردد بين جائزين، لا يترجح أحدهما علىٰ صاحبه، أما إذا رجحت السلامة فلا يكون غررًا.

(٤) أخرجه أحمد (١٥٣١١) وابن ماجه (٢١٨٧) وأبو داود (٣٥٠٣) والترمذي (١٢٣٢).

وأما أبو حنيفة فإنه يقول: إذا باع ما لا يملكه انعقد البيع، ولا يقف علىٰ إجازة صاحبه، وأذكر ذلك فِي موضعه إن شاء الله.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ [قال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ][(١)]: (وَبَيْعُ الْحَمْلِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ)[(٢)].

وهذا كما قال.. بيعُ الحمل بانفراده لا يجوز، والأصلُ فيه ما رُوي عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن بيع الغرر[(٣)]، وهذا من الغرر؛ لأنه لا يدرىٰ هل هو حمل أم لا، وإن عُلم أنه حمل، فلا يدرىٰ أذكر هو أو أنثىٰ، وكيف صفاتُه، وهل يسلم من الولادة أم لا، ولأنه لا يقدر فِي الحال علىٰ تسليمه، فكان غررًا من كل وجه.

وأيضًا، روىٰ ابنُ عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن بيع المَجْر[(٤)]، وهو بيعُ ما فِي الأرحام، هكذا ذكره أبو عبيد[(٥)]، وقال ابنُ الأعرابي: المَجْرُ: [الولد الذي فِي بطن الناقة. وقال: المَجْرُ][(٦)]: القمار، والمَجْرُ: الربا، والمَجْرُ: المزابنة، والمحاقلة[(٧)].

وأيضًا، روىٰ سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن المضامين والملاقيح[(٨)].

---

(١) ليس في (ق).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٣) أخرجه مسلم (١٥١٤) وابن ماجه (٢١٩٤) عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) بميم مفتوحة وجيم ساكنة وراء مهملة .. والخبر: أخرجه البيهقي (١٠٩٦٩).

(٥) في (ف، ق): «أبو عبيدة»، وهو تصحيف.. وينظر: غريب الحديث لأبي عبيد (١/ ٢٠٦).

(٦) ليس في (ق).

(٧) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص ١٤١) وتهذيب اللغة (١١/ ٥٤).

(٨) أخرجه مالك (٢٤١١).

قال أبو عبيد[١]: الملاقيحُ: ما فِي البطون، وهي الأجنَّة، الواحدة منها ملقوحة، والمضامينُ: ما فِي أصلاب الفحول، وكانوا يبيعون الجنين فِي بطن الناقة، وما يضرب الفحل فِي عام أو أعوام.

وأنشد أبو علي فِي «الإفصاح»[٢]:

إنَّ المَضَامينَ التِي فِي الصُّلْبِ

ماءُ الفُحول فِي ظُهور[٣] الحُدْبِ

لَيْسَ بِمُغْنٍ عَنْكَ جُهْدُ الْكَرْبِ[٤]

والكربُ؛ هو اللأواء والشدة، والله أعلم بالصواب.

فرع

قال الشافعي فِي «كتاب الصرف»: (ولا خير فِي أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عِقاقها)[٥] وهذا كما قال؛ يريد به إذا اشترط حملها، والعَقُوق: الحاملُ، والعقاق[٦]: الحمل[٧]. قال أصحابنا: فيه قولان بناءً علىٰ قولي الشافعي فِي الحمل، هل له حكم أم لا؟ فإذا قلنا له حكم، جاز شرطه، وإذا قلنا لا حكم له، لم يجز شرطه.

---

(١) في (ق): «أبو عبيدة»، وينظر غريب الحديث (١/ ٢٠٨).

(٢) أوهم كلام بحر المذهب (٥/ ٤٦) أن أبا عبيد هو الذي أنشد، فإنه ذكر كلامه ثم قال: وأنشد وأنشد في ذلك!

(٣) في المصادر الآتية: الظهور.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير (٥/ ٣٤٠) وبحر المذهب (٥/ ٤٦) والبيان (٥/ ١٠٢).

(٥) الأم (٣/ ٤١).

(٦) العقاق؛ كسحاب وكتاب – بالفتح والكسر – الحمل.

(٧) ذكره بحر المذهب (٥/ ٤٧) وتكملة المجموع (٩/ ٣٢٥) وكفاية النبيه (٩/ ٣٢٥).

وإذا شرط أنها لبون، جاز قولًا واحدًا؛ لأن اللبن متحقق، ويأخذ قسطًا من الثمن قولًا واحدًا، وإن شرط أنها تُحلب فِي كل يوم كذا وكذا رطلًا لم يجز.

وإن باع بهيمة أو جارية حاملًا، واستثنىٰ حملها لنفسه لم يجز؛ لأن ما لا يجوزُ بيعُه لا يجوز[1] استثناؤه، ولأن الحمل يجري مجرىٰ عضو من أعضائها، ولا يجوزُ استثناء عضو منها، فكذلك لا يجوزُ استثناء حملها.

وإن باع جاريةً حُبلىٰ (بولد حر)[2]، لم يجز؛ لأن الحمل مستثنىٰ، وهذا يمنع صحة البيع، والبيضُ إذا كان فِي جوف البائض بمنزلة الحمل، فلا يجوزُ بيعه منفردًا، وإذا باع البائض دخل البيض علىٰ طريق التبع، وإن شرطه فعلىٰ قولين، وإن استثناه لنفسه لم يجز.

فرع

إذا ماتت دجاجة فِي جوفها بيضٌ، فقد اختلف أصحابُنا فيه؛ فمنهُم مَن قال لا يجوزُ أكله، كما لا يجوزُ أكل لحمها، ومنهُم مَن قال إن كان عليه قشر أبيض حل أكله؛ لأنه يكون مودعًا فيها، وإن كان أحمر ولم يكمل فلا يجوزُ أكله؛ لأنه إذا كان هكذا تنجس بمجاورة النجاسة، فلا يجوزُ أكله.

وبيضُ ما لا يؤكل لحمه فيه وجهان؛ أحدهما: نجس، والآخر: ليس بنجس، وكذلك منيُّ ما لا يؤكل لحمه، فيه وجهان، فإذا قلنا نجس؛ لا يجوزُ بيعه، وإذا قلنا طاهر؛ جاز بيعه؛ لأنه يُنتفع به بأن يُجعل تحت الدجاج فيفرخ فينتفع به، وذلك مثل بيض البازي، والصقر، والشاهين.

وهكذا فِي بزر دود القز وجهان، أحدهما: نجس، فلا يجوزُ بيعه، والثاني: طاهر، ويجوز بيعه، كبيض ما لا يؤكل لحمه، والناس يتبايعون بزر الدود.

---

(١) في (ف): «لم يجز».

(٢) في (ق): «بحر».

ويجوز بيع دود القز، وهو طاهر قولًا واحدًا(١)، وكذلك يجوز بيع النحل إذا رآه، ثم اجتمعت فِي بيتها، وحبسه فيه، حتىٰ لا يمكنه أن يطير، ثم عقد البيع عليه.

وقال أبو حنيفة: لا يجوزُ بيع دود القز، ولا بيع النحل، واحتج بأنه [لا ينتفع](٢) بعينه(٣)، فلا يجوزُ بيعُه كالحشرات، وقيل فِي النحل طائرٌ لسَّاع فلا يجوزُ بيعه قياسًا علىٰ الزنبور.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأنه حيوانٌ يجوز بيع الخارج منه فجاز بيع جنسه، قياسًا علىٰ سائر البهائم، ولا ينتقض ببيع الآدمية الحرة؛ فإن بيع جنسها يجوز، وهو الأمة، ولأنها بهيمة يجوز بيع الخارج منها، فجاز بيعها كالشاة، ولأن ما جاز اقتناؤه لتملُّك ما يخرج منه جاز بيعُه، قياسًا علىٰ ما ذكرتُه.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على الحشرات، فهو أن المعنىٰ فيها أنه لا منفعة فيها، ولا يجوزُ اقتناؤها، وليس كذلك الدود والنحل؛ فإنه ينتفع بما(٤) ينسجه الدود من الإبريسم، وما يتخذه النحل من العسل، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْعَبْدِ الْآبِقِ)(٥).

---

(١) نقله بحر المذهب (٥/ ٤٨) عن المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٢) زيادة ضرورية، وينظر: بحر المذهب (٥/ ٤٨).

(٣) هكذا حكاه الروياني في بحر المذهب (٥/ ٤٨) قال: وأبو حنيفة لا يجوز بيع النحل أصلًا؛ لأنه لا ينتفع بعينه.

(٤) في (ف، ق): «ما».

(٥) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

وهذا كما قال.. لا يجوزُ بيع العبد الآبق فِي حال إباقه، وبه قال الفقهاء، وحُكي عن عبد الله بن عمر أنه أجازه[١]، وعن محمد بن سيرين أنه قال: إن لم يعلم موضعه لا يجوز[٢]، وإن علم موضعه جاز.

وهذا غيرُ صحيح؛ لما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن بيع الغرر[٣]، وهذا منه، ولأنه غير مقدور علىٰ تسليمه، فلم يجز بيعه، قياسًا علىٰ السمك فِي الماء والطير فِي الهواء.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالطَّيْرِ وَالْحُوتِ قَبْلَ أَنْ يُصَطادَا، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ)[٤].

وهذا كما قال.. إذا باع طيرًا فِي الهواء نُظر فيه، فإن كان قبل اصطياده[٥] لم يجز بيعه؛ لأنه باع ما لا يملكه، وما لا يقدر علىٰ تسليمه، وإن كان قد اصطاده وملكه ثم طار من يده فلا يجوزُ لأحد المعنيين، وهو أنه لا يقدر علىٰ تسليمه.

وأما الطيورُ الطيارة التي فِي البُروج وتأوي إليها، فهل يجوز بيعها فِي البروج؟ ننظُرُ فيه، فإن كان البرج مفتوحًا، لم يجز بيعها، وإن كان البرجُ مسدودًا[٦] لا طريق لها إلىٰ الطيران، نُظر، فإن كان البرج واسعًا يحتاج فِي أخذها إلىٰ كلفة وتعب لم يجز بيعها حتىٰ يصطادها، وإن كان البرج ضيقًا لا

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٨٩٤) وابن المنذر (٧٨٣٧) في البعير الشارد.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٨٩٣) في بيع الغرر، وأخرجه ابن المنذر (٧٨٣٧) في العبد الآبق.

(٣) أخرجه أحمد (٨٨٨٤) ومسلم (١٥١٣) وأبو داود (٣٣٧٦).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٥) في (ق): «أن يصطاده».

(٦) يعني: إن كان باب البرج مسدودًا.. كما في بحر المذهب (٥/ ٤٩).

يحتاج فِي أخذها إلىٰ كلفة وتعب جاز بيعها؛ لأنها مقدور علىٰ تسليمها.

وكذلك بيع السمك فِي الماء علىٰ التفصيل الذي ذكرتُه فِي الطير فِي الهواء، ولا فرق بينهما، وقد بينتُه قبل هذا الموضع فأغنىٰ عن الإعادة.

فرع

قال فِي (الإملاء علىٰ مسائل مالك)[١]: (ولا يجوزُ تقبيل برك الحيتان). يريد به استئجارها للسمك، وإنما لا يجوز؛ لأن العين لا تملك بالإجارة، ولهذا لا يجوزُ إجارة النخل والشجر لثمارها، ولأن فيه غررًا؛ لأنه لا يدري هل يصطاد، وكم يصطاد من السمك.

قال[٢]: وإن استأجر أرضًا ليزرعها، فدخل إليها الماء والسمك، فبقي السمكُ فيها، كان المستأجر أحق به؛ لأن غيره لا يجوزُ له أن يتخطىٰ فِي الأرض التي استأجرها، فإن تخطىٰ فيها أجنبي وأخذه ملكه بالأخذ.

وإن طفرت سمكةٌ فوقعت فِي سُميرية[٣] إنسان، فأخذها بعض الركاب، كانت للآخذ دون صاحب السُّميرية، وإذا اكترىٰ شبكة للصيد جاز؛ لأنها منفعة مباحة.

قال أبو العباس بن سريج: وإذا عشَّش فِي أرض أو دار لرجل طائرٌ، وفرَّخ فيه، أو دخل ظبيٌ فِي أرض إنسان فانكسرتْ رِجْله فيها وبقي، أو غاص فِي الطين وبقي فيه، كان صاحب الأرض أحقَّ بالتخطي إليه؛ لأن غيره لا يجوزُ له أن يتخطىٰ فيها إلا بإذنه[٤].

---

(١) ذكره صاحب البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٧٧).

(٢) ذكره صاحب البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٧٧).

(٣) ضرب من السفن.. الصحاح (٢/ ٦٨٩).

(٤) ذكره بحر المذهب (٥/ ٥٠)، والبيان (٥/ ٢٣١).

فإن خالف أجنبيٌّ وتخطىٰ فيها وأخذه كان أحقَّ به من المالك؛ لأنه ملكه بالأخذ، وهكذا إذا نزل الثلجُ من السماء فمكث فِي أرض إنسان، كان صاحب الأرض أحق به؛ لأن غيره لا يحل له أن يتخطاها، فإن تخطاها إنسان وأخذه كان أحقَّ به من صاحب الأرض.

وإذا نصب أُحبولة(١) أو شبكة، فوقع فيها طائر، كان لصاحب الشبكة، وكان إذا أخذه غيره كان عليه ردُّه علىٰ صاحب الشبكة والأحبولة؛ لأنه أحق به، وإذا أخذه غيره كان عليه دفعه إليه، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَمِمَّا يَدْخُلُ فِي هَـذَا الْمَعْـنَى أَنْ يَبِيـعَ الرَّجُـلُ عَبْـدًا لِرَجُلٍ وَلَمْ يُوَكِّلْهُ، فَالْعَقْدُ فَاسِدٌ، أَجَازَهُ السَّيِّدُ أَوْ لَمْ يُجِزْهُ، كَمَا لو اشْتَرَى آبِقًـا، فَوَجَدَهُ، لَمْ يَجُزْ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ كَانَ عَلَى فَسَاده)(٢).

وهذا كما قال.. إذا باع رجلٌ ملك غيره بغير إذنه، كان البيع باطلًا، وقال أبو حنيفة: ينعقد البيع، ويقف علىٰ إجازة صاحبه.

واحتج من نصره بقوله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰ﴾ [المائدة:٢] وفِي ذلك معاونةٌ لأخيه المسلم؛ لأنه يكفيه تكلف البيع، إذا كان مختارًا له ومريدًا لإجازته.

وأيضًا، ما روي عن حَكيم بن حِزام أن رسول الله ﷺ أعطاه دينارًا ليشتري به أضحية [فاشترىٰ به أضحية](٣)، وباعها بدينارين، واشترىٰ أضحية بدينار، وجاءه بأضحية ودينار، فتصدق النبيُّ ﷺ بالدينار، ودعا له

(١) بضم الهمزة والباء، وهي المصيدة بكسر الميم، والمشهور في اللغة فيها حبالة بكسر الحاء.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٥).

(٣) ليس في (ق).

بالبركة[١]، وهذا نصٌّ فِي صحة البيع الموقوف، فإن حَكيم بن حِزام باع الشاة بغير إذن النبي ﷺ، فأجازه، ودعا له بالبركة.

وأيضًا، روي عن عروةَ بن الجعد البارقي رضي الله عنه قال: عرض للنبي ﷺ جلب، فأعطاني دينارًا، وقال: «**أي عروةُ، ائت الجلبَ، فاشترِ لنا شاة بهذا الدينار**» فأتيتُ الجَلَبَ، فاشتريتُ شاتين، فجئتُ أسوقهما، فلقيني رجلٌ فِي الطريق فساومني، فبعتُ إحدىٰ الشاتين بدينار، وجئتُ بالشاة والدينار، فقلتُ: يا رسول الله هذه الشاة وهذا دينار، فقال: «**كيف صنعتَ؟**» فحدثتُه، فقال: «**اللهم بارك له فِي صفقة يمينه**»[٢].

ومن القياس: أنه عقدٌ له مجيز فِي حال وقوعه، فوجب أن يقف علىٰ إجازته، أصله: الوصية بعد موت الموصي بأكثر من ثلث المال، قالوا: وحال وقوع الوصية بعد موت الموصي.

وأيضًا، فإن نصف العقد يقف علىٰ الإجازة؛ لأن الإيجاب يقف علىٰ القبول، فلأن يقف جميع العقد أولىٰ.

وأيضًا، لو كان شرطًا فِي انعقاد البيع، لم يجز أن يكون الإذن متقدمًا علىٰ البيع؛ لأن ما جعل شرطًا فِي صحة العقد وانعقاده، لا يجوزُ أن يكون متقدمًا عليه؛ الدليل عليه: الشهادة فِي عقد النكاح، فإنها لما كانت شرطًا فِي صحة النكاح، وجب أن يكون مقارنًا للعقد.

فلما أجمعنا علىٰ أن الإذن يجوز أن يكون سابقًا للبيع، دل علىٰ أنه ليس بشرط فِي صحته وانعقاده.

وأيضًا، فإن البيع بشرط خيار ثلاثة أيام يجوز، وهو بيعٌ موقوفٌ علىٰ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٦).

(٢) أخرجه أحمد (١٩٣٦٢) والدارقطني (٢٨٢٥).

الإجازة، فكذلك هاهنا.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نَهىٰ حَكيمًا عن بيع ما ليس عنده[(١)]، ومنه دليلان.

أحدهما: أنه يحتمل أن يكون معناه ما ليس بحضرته، وما ليس فِي ملكه؛ لأن هذه اللفظة مستعملةٌ فيهما، فوجب حمله علىٰ عمومه.

والثاني: أنا نفرض المسألة فِي رجل باع ملك غيره، وهو فِي يد مالكه وليس بحضرته العاقد، وجب أن يكون فاسدًا؛ لأن اللفظة تتناوله.

فإن قيل: يجب أن يجوزَ إذا كان بحضرة العاقد.

قيل: هذا احتجاجٌ بدليل الخطاب، والمخالف لا يقول به.

وأيضًا، ما روي عن [عمرو بن][(٢)] شُعيب، عن أبيه، عن جده[(٣)]، عن النبيِّ ﷺ أنه قال «**لا طلاق إلا فيما يملك، ولا بيع إلا فيما يملك**»[(٤)] فنفىٰ النبي ﷺ البيع فِي غير الملك، ولم يفرِّق بين الموقوف وبين الجائز، فهو علىٰ عمومه.

ومن القياس: أنه عقدٌ قبولُه لا يقف علىٰ إجازة، أو أنه عقدٌ بغير عقد معاوضة من غير توكيل ولا ولاية فوجب أن لا يصح، أصله: إذا اشتراه لغيره بغير ماله.

فإن قيل: هذا يُقلب عليكم، فنقول: وجب أن يكون البيعُ صحيحًا، أصله: الشراء.

---

(١) أخرجه أحمد (١٥٣١١) وابن ماجه (٢١٨٧) وأبو داود (٣٥٠٣).

(٢) زيادة من (ق).

(٣) وهو عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٧) وأبو داود (٢١٩٠) والترمذي (١١٨١).

فالجوابُ: أنه إذا اشترىٰ بغير ماله، أو بغير أمره لم يصح عندنا، وكان بمنزلة البيع.

وأيضًا، فإن الإذن شرطٌ فِي جواز البيع، كما أن المِلك شرطٌ فِي جواز البيع، فلما كان البيعُ لا يقفُ علىٰ ملك متأخر، فكذلك لا يقف علىٰ إذن متأخر.

وأيضًا، فإنه أحد طرفي البيع، فوجب أن لا يقف علىٰ إجازة المعقود له، أصله: القبول.

فإن قيل: إنما لا يقف علىٰ القبول؛ لأنه يجد نفاذًا فِي ملك القابل، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإنه لا يجد نفاذًا فِي ملك العاقد، فلهذا كان موقوفًا.

فالجوابُ: أنه إنما لزم القابل ونفذ فِي حقه؛ لأنه لم يقف علىٰ إجازة المشترىٰ له، وإنما لم يقف لأنه لم يأذن له، فإذا كان كذلك وجب أن يكون البيع لا يقف، لعدم الإذن من جهة مالكه.

وأيضًا، فإنه باع ما لا يقدر علىٰ تسليمه، فوجب أن لا يصِحَّ البيع، أصله: إذا باع عبدًا آبقًا، أو سمكة فِي الماء، أو طائرًا فِي الهواء.

فإن قيل: تسليمُه مقدور عليه، لأن المبيع إما أن يكون فِي يده، فهو بمنزلة سائر ماله الذي يقدر علىٰ تسليمه، وإما أن يكون فِي يد صاحبه، فإنه قد يقدر علىٰ انتزاعه من يده، وتسليمه إليه.

فالجوابُ: أنه لا يجوزُ له تسليمُه من طريق الشرع، ولا فرق بين أن يعجز عن تسليمه إليه من طريق الشرع، وبين أن يعجز من طريق عدم القدرة، ووجود العجز. ألا ترىٰ أن المغمىٰ عليه ليس من أهل البيع لعجزه عنه، والصبي ليس من أهل البيع مع تمكنه من لفظ البيع من جهة الشرع، فدل علىٰ الفرق بينهما.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة:٢]، فهو أنه ليس من البر والتقوىٰ، وإنما هو من الإثم والعدوان؛ لأنه ليس له أن يبيع مال غيره بغير إذنه.

وأما الجوابُ عن حديثِ حكيم بن حزام، فمن وجهين:

أحدهما: أنه رواه أبو حَصِين الكوفِي[١]، عن رجل من أهل المدينة[٢]، عن حَكيم بن حِزام، والرجلُ من أهل المدينة مجهول، وعلىٰ أنَّا نتأوله فنقول: كان حَكيمُ بن حِزام وكيلَ النبي ﷺ وكالة مطلقة. يدل عليه: أن حكيم بن حزام باع الشاة وسلمها واشترىٰ، وعند المخالف: لا يجوزُ التسليم إلا بإذن مالكها، ولا يجوزُ شراء الثانية، ولا يقف.

وكذلك الجواب عن حديثِ عروة البارقي، فإن راويه شَبيب بن غرقدة، عن رجل من الحي، عن عروة[٣]، والرجلُ من الحي مجهول، فلا يصِحُّ الاحتجاج بروايته[٤]، ولأن عروة كان وكيلًا وكالة مطلقة، فيما يراه ويؤدي اجتهاده إليه، يدلُّ علىٰ ذلك: أن عند المخالف كانت إحدىٰ الشاتين للنبي

---

(١) عثمان بن عاصم بن حصين.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٨٦).

(٣) أخرجه البخاري (٣٦٤٢) وأبو داود (٣٣٨٤) عن شبيب بن غرقدة، قال: سمعت الحي يحدثون، عن عروة.. فذكره.

(٤) جاء في التوضيح لابن الملقن (٢٠/ ٢٢٧-٢٢٨) هذا الحديث .. فيه جهالة الحي كما ترىٰ، فهو غير متصل، والشافعي توقف فيه في بيع الفضولي، فقال: إن صح قلت به. كذا في البويطي، وحكىٰ المزني عن الشافعي أنه حديث ليس بثابت عنده، قال البيهقي: وإنما ضعفه؛ لأن شبيب ابن غرقدة رواه عن الحي، وهم غير معروفين، وقال في موضع آخر: وإنما قال الشافعي لما في إسناده من الإرسال، وهو أن شبيب بن غرقدة لم يسمعه من عروة البارقي، إنما سمعه من الحي يخبرونه عنه، وقال في موضع آخر: الحي الذي أخبر شبيب بن غرقدة عن عروة لا أعرفهم، وليس هذا من شرط أصحاب الحديث في قول الأخبار، ولهذا قال الخطابي إنه خبر غير متصل؛ لأن الحي حدثوه عن عروة.

ﷺ بحصتها من الدينار، والأخرىٰ لعروة.

وإنما تكون الشاتان للنبي ﷺ ويستحق ثمن التي باعها، إذا كان وكيلًا وكالة مطلقة، فلم يصح احتجاج المخالف به.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الوصية فمن وجوه؛ أحدها: أن قولهم «عقد له مجيز فِي حال وقوعه» لا نسلِّم ذلك، فإن حال عقد الوصية وحال وقوعه هو حال الحياة، وليس له مجيز حال وقوعه؛ لأن الإجازة لا تصح إلا بعد الوفاة.

فإن قيل: العقد لم يحصل، لأن العقد هو الإيجاب، والقبول لا يصِحُّ إلا بعد موت الموصي.

فالجوابُ: أن الوصية تصحُّ وإن لم يقبل الموصىٰ له، ألا ترىٰ أنها تلزم بموت الموصي قبل قبول الموصىٰ له، وهذا بمنزلة الإقرار، يصح وإن لم يقبل المقر له، ويكون الإقرار صحيحًا لازمًا.

وكذلك الوقفُ، يصح علىٰ من وقف عليه، وإن كان لم يقبل الموقوف عليه، ويكون له قبوله وردُّه، فإن ردَّه بطل بعد الصحة، وكذلك يبطُلُ الإقرار بردِّ المقر له بعد الصحة فسقط ما قاله المخالف.

وجوابٌ آخر، وهو أن الوصية تتعلق بغرر وخطر، وتصحُّ فِي المجهول، وليس كذلك البيع؛ فإنه لا يتعلق بغرر وخطر، ولا يصِحُّ فِي المجهول، فلم يصح أن يكون موقوفًا علىٰ الإجازة.

وجوابٌ آخر، وهو أن الوصية تقفُ علىٰ قبول الغائب، وإيجابُ البيع لا يقفُ علىٰ قبول الغائب، ولأن الوصية تقفُ علىٰ حدوث ملكه، وهو إذا أوصىٰ بثلث ماله ولا مال له ثم كسب فإن الوصية بثلثه صحيحة، فإذا كان كذلك افترقا.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن شطر العقد يقف، فهو أن هذا غلط؛ لأن الشطر لا يقف؛ لأنه إذا وجد الإيجاب من أحدهما فقد صح الإيجاب، ولم يبق شرط فِي صحة كونه إيجابًا.

ويدلُّ عليه أن المشتري لا يملك الإيجاب، فكيف يقف علىٰ إجازة من لا يملكه.

وأما القبول، فهو شطر آخر من العقد، يملكه المشتري، فإذا أوقعه انعقد البيع، وليس أحدُ الشطرين من أحد المتعاقدين موقوفًا علىٰ إجازة صاحبه، فسقط ما قاله.

وجوابٌ آخر، وهو أن الشطرين لا يجوزُ وجودُهما معًا، فلهذا وقف أحدهما علىٰ الآخر، ويجوز وجودُ البيع مع الإذن فلا يجوزُ تقدم أحدهما علىٰ الآخر.

وجوابٌ آخر، وهو أن القبول يقف علىٰ الإيجاب، ولا يجوزُ أن يقف علىٰ إجازة المعقود له، فدل علىٰ الفرق بينهما.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أن الإذن لو كان شرطًا فِي البيع لما جاز تقدمه، فالجوابُ: أنه يبطل بالجواز؛ فإن الإذن شرطٌ فِي جواز العقد، ويجوز تقدمه عليه، وينتقض بالقبول.

وجوابٌ آخر، وهو أن ذلك لا يمتنع، كما أن النية للصوم شرطٌ فِي صحته، ويجوزُ تقديمُها، وأما الشهادة فلا يتصور تقدمها علىٰ عقد النكاح، فلهذا لا يصح.

وجوابٌ آخر، وهو أن الإذن غير متقدم علىٰ العقد؛ لأن شرط صحة العقد كونه مأذونًا له فِي حال العقد، وهذا كما نقول فِي من ملك عبدًا ثم باعه أن الملك الذي هو شرط فِي جواز العقد هو المقارن للعقد دون ما

سبقه، فكذلك الإذن.

وأما الجوابُ عن شرط الخيار فِي البيع، فهو أن البيع هاهنا موقوف علىٰ الفسخ دون الإجازة؛ لأن المدة لو مضت ولم يجز البيع، كان جائزًا، والله الموفق للصواب.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ (وَلا يجوزُ بَيْعُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ)[1].

وهذا كما قال.. لا يجوزُ بيع اللبن فِي الضرع، والدليلُ علىٰ ذلك ما روىٰ أبو الحسن الدارقطني[2] بإسناده عن عكرمة عن عبد الله بن عباس أنه قال: نهىٰ رسولُ الله ﷺ أن تباع الثمر حتىٰ يتبين صلاحُها، أو يباع صوف علىٰ ظهر، أو لبن فِي ضرع، أو سمن فِي لبن. والنهي يدل علىٰ فساد المنهي عنه.

وأيضًا، ما رواه الشافعي بإسناده[3] موقوفًا عن ابن عباس أنه كان يكره بيع الصوف علىٰ ظهور الغنم، واللبن فِي ضروعها، وهذا تأكيد للخبر المسند؛ لأن من عنده خبر عن النبيِّ ﷺ فإنه يرويه عنه صلوات الله عليه، ويفتي به من قوله، ويروىٰ عنه مسندًا وموقوفًا.

وأيضًا، فإن اللبن فِي الضرع مجهولٌ لا يُعرف، فإنه قد يقِل ويكبر الضرع، لسمنه وكثرة لحمه، وقد يكثر اللبن ويصغر الضرع، فيكون ذلك بيع الغرر.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

(٢) سنن الدارقطني (٢٨٣٥).

(٣) مسند الشافعي (١٤٥٨).

وأيضًا، فإن اللبن فِي الضرع قد يدر ويختلط لبن البائع بلبن المشتري، فلا يقدر علىٰ تسليم المبيع، وهذا ضربٌ آخر من الغرر يمنع صحة البيع.

وأيضًا، فإن الشاة قد تموت وتنجس وينجس اللبن، وهذا غرر يمكنُ الاحترازُ منه من غير مشقة ببيعه محلوبًا، فلم يجز مع الغرر؛ لأن الغرر إذا أمكن الاحترازُ منه من غير مشقة منع صحة البيع، ويخالف هذا بيع الشاة، فإنه جائز، وإن أمكن موتُها قبل التسليم؛ لأن ذلك لا يمكن الاحترازُ منه.

• فَصْلٌ •

قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: **لا يجوزُ بيعُ الصُّوفِ على ظهرِ الغنمِ**، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك والليث بن سعد[١]: يجوز، كما يجوز بيع الرطبة جِزَّةً[٢] واحدة.

وهذا غيرُ صحيح؛ لما روي عن ابن عباس أن النبيَّ ﷺ نهىٰ أن تباع الثمرة حتىٰ يتبين صلاحها، أو يباع صوفٌ علىٰ ظهر[٣]، والنهي يدلُّ علىٰ فساد المنهي عنه.

ومن القياس: أنه باع جزءًا من حيوان، وهو باق علىٰ أصل خِلقته فلم يجز، أصله: إذا باع جلده، أو لحمه، أو طرفًا من أطرافه.

وأيضًا، فإنه غرر، يمكن الاحترازُ منه؛ لأنه لا يؤمَن أن يموت قبل التسليم فينجس، فينفسخ البيع، ويمكن الاحترازُ منه، بأن يباع مجزوزًا، فلم يصح بيعه مع الغرر علىٰ ما تقدم بيانه.

وأيضًا، فإنه لا يقدر علىٰ تسليم جميعه؛ لأنه لا يجوزُ الاستقصاء فِي

(١) زاد بحر المذهب (٥/ ٥٣): وربيعة وأبو يوسف.

(٢) بكسر الجيم وتشديد الزاي، ينظر تهذيب اللغة (١٠/ ٢٤٣).

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٨٣٥) والبيهقي (١٠٨٥٧).

أخذه لما يؤدي إلىٰ تعذيب الحيوان، فإذا بقي منه ما يكون وقاية لجلده، فإن ما يبقىٰ منه مجهول المقدار، (فلا يجوزُ بيعه)[١].

وأما الجوابُ عن بيع الرطبة، فهو أن أخذ جميع ما ظهر منه ممكن؛ لأنه لا يؤدي إلىٰ تعذيب الحيوان، ولأنه لا يخاف عليه النجاسة بالموت، ولأن الحيوان مخالف لما سواه فِي ذلك؛ لأنه لا يجوزُ بيع جزء من الحيوان باق علىٰ أصل خِلقته، وليس كذلك النبات؛ فإنه يجوز بيع بعض أجزائه، كما يبيع أغصان الشجرة بانفرادها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلا يجوزُ بَيْعُ الْمِسْكِ فِي فَأرةٍ)[٢].

وهذا كما قال.. المسكُ طاهرٌ يجوز بيعُه وشراؤه، ومن الناس[٣] من قال: نجس لا يجوزُ بيعه؛ لأنه دم، ولأن النبيَّ ﷺ قال: «**ما أُبين من حيٍّ، فهو ميت**»[٤] وهو بائن من حي.

وهذا غيرُ صحيح لما روىٰ أبو سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ قال: «**أطيبُ الطيبِ المسكُ**»[٥] وهذا نص، وأيضًا، روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال للأنصارية التي علَّمها الغسل من الحيض: «**خذي فِرْصة من مسك فتطهَّري بها**»[٦] وهذا نص.

---

(١) في (ف): فلم يجز.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

(٣) صرَّح بحر المذهب بأنهم طائفة من الشيعة، قال (٥/ ٥٣): وهذا غلط، وهو خلاف إجماع المسلمين.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٨٥٨) والترمذي (١٤٨٠) من حديث أبي واقد الليثي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٥) أخرجه أحمد (١١٢٦٩، ١١٣١١) ومسلم (٢٢٥٢) من حديث أبي سعيد الخدري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٦) أخرجه البخاري (٣١٤) من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

وأيضًا، روي عن عبد الله بن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه كان يطيب الميت بالمسك[١].

وروي عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه أمر أن يجعل فِي حنوطه مِسك، وقال: هو فضل حنوط النبي ﷺ[٢]. ذكرهما[٣] أبو بكر بن المنذر.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه دم، فهو أنَّا لا نعرف ذلك، ولا نسلِّمه، وعلىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل: أنه دم غير مسفوح، وإنما حُرِّم المسفوح دون الجامد، ألا ترىٰ أن الطِّحال والكبِد حلالان، وهما دمان[٤].

وأما قول النبي ﷺ: «**ما أُبين من حي، فهو ميت**»، فهو محمولٌ علىٰ ما قُطع من حي، وهذا يطرحه الغزالُ من غير إبانة، فهو يجري مجرىٰ البيض والولد.

فإذا ثبت هذا، فإنه لا يجوزُ بيعه فِي فأرتِهِ قبل أن تفتح، ويُرىٰ المسك الذي فيه.

وقال أبو العباس بن سُريج[٥]: يجوز؛ لأن مصلحته أن يكون فيه؛ ولأنه يحفظ رطوبته، وذكاء رائحته، فهو بمنزلة بيع ما يكون مأكوله فِي جوفه، مثل: البيض، والجوز، والرمان.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأنا لا نسلِّم هذا، فإنه يفتح ويخرج منه المسك ويبقىٰ كما يبقىٰ فِي فأرتِهِ، وإن لحقه يبس، فليس ذلك مما يضره وينقص قيمته، فلم يجز بيعه فِي وعائه، كما لا يجوزُ بيع الحنطة فِي سنبلها.

---

(١) أخرجه ابن المنذر (٨٨٩).

(٢) أخرجه ابن المنذر (٨٩١).

(٣) في (ف، ق): «ذكرها».

(٤) وذكر بحر المذهب (٥/ ٥٤) أنه كان دمًا فاستحال وصار مسكًا، كاللبن.

(٥) حكاه الروياني (٥/ ٥٤)، والنووي في روضة الطالبين (٣/ ٣٧٥)، وابن الرفعة في كفاية النبيه النبيه (٩/ ٤٤).

وإذا ثبت هذا، فإن بيع المسك فِي فأرتِهِ، وقد فتحه، ونظر إليه، بمنزلة بيع السمن فِي ظرفه، وقد بينتُ مسائله فأغنىٰ عن الإعادة، والله الموفق للصواب.



باب بيع حبل الحبلة، والملامسة، والمنابذة، وشراء الأعمى

◆ قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الْحَبَلَةِ)(١) إلى آخره.

وهذا كما قال.. لا يجوزُ بيع حبل الحبلة، واختلفوا فِي تفسيره، فقال الشافعي(٢): هو أن يبيع شيئًا بثمن مؤجل إلىٰ نتاج الناقة، وهو أن تنتج الناقة التي لفلان ابن فلان ثم ينتج نتاجها، ولا يجوزُ هذا البيع؛ لأن الأجل مجهول(٣).

وقال أبو عبيد القاسم بن سلَّام(٤): هو بيعُ نِتاج النِّتاج، واحتج بأنه نهي عن بيع حبل الحبلة، والظاهر منه بيع الحبل(٥).

وهذا غيرُ صحيح؛ لما روي فِي حديث ابن عمر من التفسير، وذلك أن ابن عمر قال: وكان بيعًا يبتاعه أهل الجاهلية، كان الرجل يبتاع الجزور إلىٰ أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي فِي بطنها(٦)، وتفسير الراوي أولىٰ؛ لأنه شاهد الحال، وسمع الكلام، والسامعُ والمشاهدُ أعلمُ بمقاصد المتكلِّم، والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

(٢) الأم (٣/ ١١٩).

(٣) وقد تنتج الناقة وقد لا تنتج، وقد يقرب نتاجها وقد يبعد، يعني أن الأجل والمبيع مجهولان.

(٤) غريب الحديث (١/ ٢٠٨)، ووقع عند الروياني (٥/ ٥٤): «وقال أبو عبد الله»! وهو غلط، وصوابه: «وقال أبو عبيد».

(٥) وهو الموافق للغة، أو أشبه باللغة.

(٦) أخرجه البخاري (٢١٤٣).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَنَهَى النَبِيُّ ﷺ عَنِ الْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ)[١] إلى آخره.

وهذا كما قال.. روىٰ أبو سعيد الخدريُّ عن النبيِّ ﷺ: أنه نهىٰ عن بيعتين وعن لبستين[٢]، فالبيعتان: الملامسة والمنابذة، واللبستان: الصماء والاحتباء.

فأما بيع الملامسة، فإن الشافعي قال[٣]: هو أن يأتي الرجلُ بثوبه مطويًّا أو منشورًا فِي ظلمة، فيقول «بعتُك هذا الثوب بكذا وكذا، فإذا لمستَه وجب البيع، ولا خيار لك إذا نظرتَ إلىٰ جوفه وطوله وعرضه».

والمنابذة: أن يبيعه ثوبه منه بكذا وكذا، فإذا نبذه إليه وجب البيع، ولا خيار له إذا وقف علىٰ طوله وعرضه.

وهذا كلُّه لا يصح؛ للجهل بالمبيع.

وأما اللبستان: فالصماءُ وهي التي تجلل جميع البدن، وأما الاحتباء، فهو أن يدير ثوبًا علىٰ ظهره وركبتيه، وفرجه مكشوفًا.

وروىٰ أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن بيع الحصا[٤]، وقيل فِي تفسيره إنه بيع الأرض بالحصىٰ إذا رماها، وقيل: بيع ثوب من الثياب[٥]، وهو الذي يقع الحصاة إذا رماها، وهذا أيضًا لا يجوز؛ للجهل بالمبيع.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

(٢) أخرجه البخاري (٢١٤٧) ومسلم (١٥١٢).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

(٤) أخرجه مسلم (١٥١٣) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٥) وذكر بحر المذهب (٥/ ٥٦) في تفسير بيع الحصاة أربعة معانٍ..

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَلا يجوزُ شِرَاءُ الْأَعْمَى، وَإِذَا ذَاقَ مَا لَهُ طَعْمٌ)[١].

وهذا كما قال.. لا يخلو الأعمىٰ من أحد أمرين؛ إما أن يكون وُلِد أعمىٰ[٢]، أو كان بصيرًا ثم كُفَّ.

فإن كان وُلد أعمىٰ فإنه لا يجوزُ بيعه وشراؤه فِي الأعيان، وإذا أراد البيع والشراء وكَّل البصير ليبيع ويشتري له.

فإن كان بصيرًا، ثم عمي، نُظر، فإن باع شيئًا أو اشتراه ولم يكن رآه فلا يجوز، وإن كان قد رآه نُظر:

فإن كان الزمان يسيرًا لا يتغير فِي العادة، أو كان الشيء مما لا يتغير فِي الزمان الطويل مثل الحديد، والرصاص جاز بيعه، فإن وجده علىٰ ما رآه فلا خيار له، وإن وجده متغيرًا كان له الخيار.

وإن كان الزمان قد تطاول، والشيء مما يتغير، مثل أن يكون عبدًا صغيرًا فكبر، أو شجرة صغيرة فكبرت، فإن بيعه لا يجوز؛ لأن المبيع مجهول الصفة.

هذا كله إذا قلنا إن بيع خيار الرؤية لا يجوز، وأما إذا قلنا يجوز بيع خيار الرؤية، فهل يصح بيع الأعمىٰ؟ وجهان.

أحدهما: لا يجوز؛ لأن بيع خيار الرؤية يتعلق الخيار فيه برؤيته، وهذا لا يصِحُّ منه الرؤية.

والثاني: يجوز؛ لأن الرؤية إذا لم تكن شرطًا فِي صحته من البصير،

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

(٢) المولود أعمىٰ، يعرف بالأكمة.

وجب أن يصح من الأعمىٰ؛ لأنه لم يفقد إلا الرؤية، ويوكِّل من يصفه له، فإن رضيه قبضه، وإن كرهه فسخ البيع.. هذا مذهبنا.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الأعمىٰ وشراؤه، واحتج بأن جماعة من الصحابة كُفُّوا[(١)]، ولم ينقل أنهم مُنِعوا من البيع، ولو كان قد مُنِعوا وجب أن ينقل ذلك، فلما لم ينقل دل علىٰ أنهم لم يمنعوا، وأن البيع والشراء صحيح منهم. وأيضًا، فإن الناطق لا ينعقد بيعه إلا بالنطق، فإن خرس قامت إشارتُه [وكتابتُه مقام نطقه، فكذلك يجبُ أن يقوم اللمسُ مقام رؤيته فِي صحة البيع والشراء][(٢)].

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه ما ذكرتُه فِي أول «كتاب البيوع» فِي المنع من بيع خيار الرؤية، والطريق فِي الجميع واحد.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أن جماعة من الصحابة كفوا، فهو أن هذا لا حجة فيه؛ لأنَّا نقولُ للمخالف: لو كانوا قد رُخص لهم فِي البيع لوجب أن يُنقل[(٣)].

فإن قيل: ما استداموه لا يجب نقله، وإنما يجب نقل ما حدث وتغير من الأحكام من طريق العادة فِي النقل.

فالجوابُ: أن هذا حادث حال؛ لأنهم كانوا يشترون ويبيعون عن مشاهدة ورؤية، وإذا أذن لهم بعد العمىٰ أن يبيعوا ويشتروا من غير ذلك وجب أن ينقل، وإذا لم ينقل دل علىٰ أنه لم يؤذن لهم.

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بالناطق إذا خرس، فهو أن الإشارة والكتابة

---

(١) ومنهم العباس وابنه عبد الله، وعبد الله بن عمر، وغيرهم رضي الله عنهم.

(٢) ليس في (ق).

(٣) ولو نقلوه لم يكن إجماعًا؛ لأن ترك الإنكار لا يعد رضا.

تقوم مقام العبارة فِي البيان، وليس كذلك اللمس؛ فإنه لا يقوم مقام الرؤية فِي إدراك صفاته، فلم يقم ذلك مقامها.

فإذا ثبت هذا، فإن ذلك فِي بيع الأعيان وشرائها، وأما السَّلَم فِي موصوفٍ فِي ذمة المسلَم إليه بثمن غير معين، فإن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قال يجوز.

قال المزني[1]: أراد الشافعي - لمعرفتي بلفظِهِ[2] - الأعمىٰ الذي عَرَفَ الألوان قبل أن يعمىٰ، فأما من خُلق أعمىٰ فلا معرفة له بالألوان، فهو فِي معنىٰ من اشترىٰ ما يعرف طعمه ويجهل لونه وهو يعده، فيفهمه، ولا يغلط عليه.

وهذا اختلف أصحابُنا فيه، فقال أبو العباس[3]: الذي قاله المزني حسن، وصوبه أيضًا أبو علي بن أبي هريرة.

وقال أبو إسحاق المروزي: ليس هذا بصحيح[4]، ويجوز للأعمىٰ أن يسلم بثمن موصوف - وإن كان أكمه لم يبصر الألوان - لأنه تتقرر صفة ذلك فِي قلبه بالسماع[5]، وهذا كبصير يُسلم فِي شيء لم يره، وتقررت صفاتُه فِي قلبه بالسماع، فيصحُّ سَلَمُهُ[6]، فكذلك هاهنا، والله الموفق للصواب.



(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).
(٢) كذا نقله المصنف وبحر المذهب (٥/ ٥٧)، والبيان (٥/ ٣٩٥)، وفتح العزيز (٤/ ٥٤)، ووقع في «مختصر المزني»: «أراد الشافعي بلفظةِ».
(٣) يعني ابن سريج.. وهو في بحر المذهب (٥/ ٥٧).
(٤) يعني تفسير المزني لكلام الشافعي.
(٥) في (ف، ق): «بالبياع»، وهو تصحيف.
(٦) في (ف، ق): «تسليمه».

باب بيعتين في بيعة، والنجْش، ولا يبيعُ بعضكم على بيع بعض

◆ قال الشافعي ﷺ : (أَخْبَرَنَا الدَّرَاوَرْدِيُّ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَمْرِو بْنِ عَلْقَمَةَ، عَنْ أَبِي سَلَمَةَ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ)[١].

وهذا كما قال.. لا تجوز بيعتان فِي بيعة، والدليلُ علىٰ تحريمه ما رواه بإسناده عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن بيعتين فِي بيعة[٢].

قال الشافعي[٣]: وهذا يُحتمل أن يكون المراد به إذا قال «بعتُك هذا الشيء بألف درهم نقدًا أو بألفين نسيئة»، فأيهما شئت خذه؛ فإن هذا لا يجوز؛ لأن الثمن غير معين، وهذا يفسد البيع، كما إذا قال «بعتُك بألف هذا العبد أو هذا العبد أي العبدين شئت خذه»؛ لأن المبيع غير معين، فكذلك هاهنا.

قال: ويُحتمل أن يكون المراد به إذا قال «بعتُك عبدي هذا بألف درهم، علىٰ أن تبيعني دارك هذه بألف درهم»، فهذا أيضًا لا يجوز؛ لأنه لا يلزمه أن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٣١) وقال: والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم، وقد فسر بعض أهل العلم قالوا: بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك هذا الثوب بنقد بعشرة، وبنسيئة بعشرين، ولا يفارقه علىٰ أحد البيعين، فإذا فارقه علىٰ أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة علىٰ أحد منهما. قال الشافعي: ومن معنىٰ نهي النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة أن يقول: أبيعك داري هذه بكذا علىٰ أن تبيعني غلامك بكذا، فإذا وجب لي غلامك وجب لك داري، وهذا يفارق عن بيع بغير ثمن معلوم، ولا يدري كل واحد منهما علىٰ ما وقعت عليه صفقته .

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

يبيع داره، ولا يجوزُ أن يثبت فِي ذمته بيع داره؛ لأنه يكون سلفًا فِي بيع الدار، والسلف فِي بيع الدار لا يجوز.

وإذا لم يصح الشرط وجب أن يزاد فِي ثمن العبد الجزء الذي فِي مقابلة هذا الشرط؛ لأن ذلك يقتضي أن يكون حاباه فِي جزء من الثمن، وذلك الجزء مجهولٌ، فيكون الثمنُ مجهولًا، والبيع لا يصِحُّ بثمنٍ مجهول.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَنَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ النَّجْشِ) قال الشافعي: (وَالنَّجْشُ خَدِيعَةٌ وَلَيْسَ مِنْ أَخْلَاقِ أَهْلِ الدِّينِ)[١].

وهذا كما قال.. النجشُ حرامٌ، وهو أن يزيد رجلٌ فِي ثمن سلعة زيادة لا يسوىٰ بها، وهو لا يريدُ شراءها، وإنما يريدُ ليقتدي به المستام، فهذا هو النجش، وهو حرام، وفاعلُه عاصٍ إذا كان عالمًا بالتحريم.

والدليلُ علىٰ تحريمه ما روىٰ الشافعي، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن النجش[٢].

وروىٰ الشافعي، عن سفيان بن عيينة، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**لا تناجَشُوا**»[٣].

وروىٰ الأعمش، [عن أبي صالح][٤]، عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ: «**لا تناجَشُوا، ولا تحاسَدُوا، ولا تباغَضُوا، ولا تدابَرُوا، وكونُوا عبادَ الله**

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

(٢) مسند الشافعي (١٣٦٤).

(٣) مسند الشافعي (١٣٦٤).

(٤) زيادة من (ف).

إخوانا»(١) وهذا نهي، والنهي يقتضي التحريم.

وأيضًا، قال الشافعي: (وَالنَّجْشُ خَدِيعَةٌ وَلَيْسَ مِنْ أَخْلَاقِ أَهْلِ الدِّينِ)، وأراد به: أنه إذا زاد وهو لا يريد شراءه، فإنما يغر المشتري ويخدعه ويدلِّس عليه، وذلك حرام.

فإذا ثبت تحريمُه، فإن المشتري إذا اقتدىٰ بالناجش وزاد فِي الثمن واشتراه كان الشراء صحيحًا، وإنما كان كذلك؛ لأن النهي لمعنىٰ فِي غير المبيع، [والنهي فِي غير المبيع](٢) لا يمنع من صحة البيع، أصله: البيع فِي حال النداء(٣).

وإذا ثبت أن البيع صحيح، فهل للمشتري الخيار أم لا؟ ننظر فيه؛ فإن كان النجش من غير أمر البائع ومواطأته [عليه، فإنه لا خيار له؛ لأنه لا يجوزُ أن يفسخ البيع علىٰ البائع لفعل غيره.

وإن كان بأمره ومواطأته](٤)، فهل له الخيار؟ اختلف أصحابُنا فيه؛ فمنهُم مَن قال لا خيار له، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة، وهو ظاهر قول الشافعي، ومنهم قال له الخيار، وهو قول أبي إسحاق المروزي.

فإذا قلنا له الخيار، فوجهه أنه قد غَرَّ ودَلَّس، فوجب أن يثبت الخيار للمشتري، كما إذا دلَّس بالتصرية، أو تسويد الشعر، أو بالعيب.

وإذا قلنا إنه لا خيار له، فوجهه أنه ليس فيه أكثر من الزيادة فِي الثمن، وهذا لا يوجب الخيار، كما إذا باعه بأكثر من ثمنه، والمشتري ليس من أهل

---

(١) أخرجه مسلم (٢٥٦٣).

(٢) زيادة من (ف).

(٣) يعني للجمعة.

(٤) زيادة من (ف).

البصر والخبرة، فإنه لا خيار له فكذلك هاهنا، ولأن التفريط من جهة المشتري لأنه ترك التحفظ والتعرف.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وقال ﷺ: لَا يَبِعْ بَعْضُكُم عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ)[١].

وهذا كما قال.. إذا باع رجلٌ من رجل شيئًا وهما فِي المجلس، ولكل واحد منهما الخيار فِي الفسخ، فجاء رجلٌ فعرض علىٰ المشتري سلعة مثل سلعته بأقل من ثمنها، أو خيرًا من سلعته بمثل ثمنها ليفسخ ما اشترىٰ ويشتري منه سلعته، فهذا يحرم.

والدليلُ عليه ما رواه الشافعي، عن مالك، عن نافع، عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا يبيعُ بعضُكم على بيع بعضٍ**»[٢].

وروىٰ عن سفيان، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا يبيعُ أحدُكُم على بيع أخيه**»[٣] وهذا نهي بلفظ الخبر.

ومثل ذلك كثير فِي القرآن، مثل قوله تعالىٰ: ﴿لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلْمُطَهَّرُونَ﴾ [الواقعة:٧٩]، فإنه نهي بلفظ الخبر، وقوله تعالىٰ ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة:٢٣٣] وإذا كان كذلك، وجب حمله علىٰ التحريم؛ لأن النهي يقتضي التحريم.. وأيضًا، قال الشافعي: هذا إفساد علىٰ المسلم، والإفساد علىٰ المسلمين حرام[٤].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٦).

(٢) مسند الشافعي (١٣٥٥).

(٣) مسند الشافعي (١٣٥٧).

(٤) وشرط أبو عبيد بن حربويه في تحريم ذلك أن يكون الأول مسلمًا، أما لو كان ذميًّا فلا يحرم، حكاه الرافعي وابن الرفعة (٩/ ٢٧٩).

وإن خالف وباع علىٰ بيعه، فإن البيع صحيح؛ لأن النهي لمعنىٰ فِي (غير المبيع)[١]، فلم يمنع صحة البيع، كما إذا باع فِي حال النداء.

هذا[٢] فِي البيع، وأما الشراء، فهو مثل البيع فِي التحريم، وهو أن يعرض علىٰ البائع أكثر من الثمن الذي اشترىٰ المشتري السلعة به منه، أو خيرًا من نقده، وسأله فسخ بيعه، فإنه أيضًا حرام، وليس عن النبيِّ ﷺ فِي الشراء خبر محفوظ، ولكنه فِي معنىٰ البيع علىٰ بيع أخيه، فكان مثله فِي التحريم.

ويمكن أن يقال لما نهىٰ عن البيع فقد نهىٰ عن الشراء علىٰ شراء أخيه؛ لأن اسم البائع يقع عليهما جميعًا، ولهذا يسميان متبايعين[٣].

ويمكن أن يقال لما نهىٰ أن يخطب الرجل علىٰ خطبة أخيه والخاطب بمنزلة المشتري ثبت تحريم الشراء علىٰ شراء أخيه المسلم.

وأما السَّوم علىٰ سوم أخيه، فهو أيضًا حرام، والدليلُ علىٰ ذلك ما روىٰ أبو بكر بن المنذر[٤] بإسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا يستام الرجل على سوم أخيه**».

وروىٰ أبو الحسن الدارقطني[٥] بإسناده عن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهما عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**لا يسوم الرجل على سوم أخيه**».

فإذا ثبت تحريمُه، فهو مبنيٌّ علىٰ تحريم الخطبة، وقد ذكرناه فِي «كتاب النكاح» وهو أنه لا يخلو من ثلاثة أحوال؛ إما أن تكون المرأة قد أذنت فِي تزويجها منه، فتكون الخِطْبة علىٰ خِطْبته محرمة، وإما أن تكون سكتت ولم

---

(١) في (ف): غيره.

(٢) في (ق): «تمرًا» وهو تحريف.

(٣) حكىٰ نحوه بحر المذهب (٥/ ٦٠).

(٤) الأوسط (٧٩٦١).

(٥) سنن الدارقطني (٣٠٧٢).

تجب، ولا ظهر ما يدلُّ علىٰ الرضا، فهذا لا يحرم الخِطْبة عليه، وإما أن يكون قد وجد ما يدلُّ علىٰ الرضا من غير تصريح، مثل أن تقول: «لا ترد»، و«مثلك مرغوب فيه»، و«من لنا بمثلك»، وما أشبه ذلك، ففيه قولان؛ قال فِي القديم: تحرم الخطبة؛ لعموم الخبر، وقال فِي الجديد: لا تحرم؛ لما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال لفاطمة بنت قيس: «**أما معاوية فصعلوك، لا مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، انكحي أسامة**»[(١)] فكذلك الشراء علىٰ هذه الأحوال الثلاثة، والله الموفق للصواب.

فرع

هذا الذي ذكرناه من تحريم السوم علىٰ سوم غيره، إذا لم يكن البيع فِي المزايدة، فأما إن كان البيع فِي المزايدة، فلا تحرم المزايدة.

والدليلُ علىٰ ذلك ما روىٰ أنس بن مالك رضي الله عنه أن رجلًا من الأنصار أصابه وأهل بيته جهدٌ، فدخل عليهم فوجدهم مصرعين من الجهد والجوع، فقال: ما لكم؟ قالوا: الجوع، أغننا بشيء، فانطلق الأنصاري حتىٰ أتىٰ رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، أتيتك من عند أهل بيت ما أدري أرجع حتىٰ يهلكوا، أو يهلك بعضُهم، فقال رسول الله ﷺ: «**ما يهلكهم؟**» قال: الجوع، فقال نبي الله ﷺ: «**ما عندك شيء؟**» قال: بلىٰ، قال: «**فاذهب فأت بما كان من شيء**» فرجع الأنصاري ولم يجد شيئًا إلا قدحًا وحِلسًا، فأتىٰ بهما النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «**من يشتري هذا القَدَحَ والحِلْسَ؟**» فقال رجل: يا نبي الله، أنا آخذهما بدرهم، فقال النبي ﷺ: «**من يزيد على درهم؟**» فقال رجل: أنا آخذهما باثنين، فقال: «**هما لك**»[(٢)] وذكر باقي الحديث.

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٨٠).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢١٨).

وأيضًا، فإن البيع فِيمن يزيد، إنما يقصد به الزائد فِي ثمنه، فلا تكون الزيادة ممن يزيد فيه قصدًا للمشتري ولا الإضرار به، فلهذا المعنىٰ جاز لكلٍّ واحدٍ أن يزيد، والله الموفق للصواب.



باب[1] لا يبيعُ حاضرٌ لبادٍ

◆ قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : (أَخْبرنا سُفْيانُ، عنْ الزُّهْرِيِّ، عنْ ابْنِ الْمُسيِّبِ، عنْ أَبِي هُرَيْرة قال: قال رسُولُ الله ﷺ: لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبادٍ)[2].

وهذا كما قال.. لا يجوزُ للحاضر أن يبيع للبادي علىٰ ما أبينه.

والدليلُ علىٰ ذلك ما روىٰ أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ قال: «**لا يبيع حاضر لباد، وإن كان أخاه وأباه**»[3].

وروىٰ طاوس، عن عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: نهىٰ رسولُ الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد، قال طاوس: قلت لعبد الله بن عباس: ما بيع حاضر لباد؟ قال: لا يكون سمسارًا له[4].

وروىٰ جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يبيعُ حاضرٌ لبادٍ، دعُوا الناسَ يرزقِ اللهُ بعضَهم مِن بعض**»[5].

وروي فِي حديث جابر: «**ذروا الناسَ يرزقِ اللهُ بعضَهم مِن بعض**»[6].

وروي: «**دعوا الناسَ يبيعُ بعضَهم مِن بعض**»[7].

---

(١) في (ق) كرر هذا الباب وضرب علىٰ المرة الأولىٰ منهما، وهي بمقدار وجه وبعض وجه.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٧).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٢٣).

(٤) أخرجه البخاري (٢١٥٨) ومسلم (١٥٢١).

(٥) أخرجه مسلم (١٥٢٢).

(٦) أخرجه أبو داود (٣٤٤٢).

(٧) لم أقف عليه.

وأيضًا، قال أبو إسحاق فِي «الشرح»: إنما منع النبيُّ ﷺ الحاضرَ من بيعه؛ لأن الحاضر إذا تولىٰ ذلك بلغ أقصىٰ ما يمكن من السعر، فأمر رسول الله ﷺ بأن يترك البادي يبيع متاعه بسعر يومه ثم ينصرف، ويطلب أهل الحضر الفضل منه بالصبر عليه.

فإذا ثبت هذا، فإن خالف وباع حاضرٌ لبادٍ، نُظر؛ فإن كان عالمًا بالنهي، فهو عاصٍ آثم، وإن لم يكن عالمًا، فهو معذور، فإذا علم لم يعد إلىٰ مثله.

وأما البيعُ، فهو صحيح، والدليلُ عليه قوله ﷺ: «**دعوا الناسَ يرزق الله بعضَهم من بعض**» ولو كان بيعُهم فاسدًا، لم يكن مانعًا من طلب الرزق[١].

وأيضًا، فإن النهي إذا كان لمعنىٰ فِي غير المبيع، لم يمنع صحة البيع، قياسًا علىٰ البيع فِي حالة النداء[٢].

هذا إذا كان المتاع الذي معهم يحتاج أهل الحضر إليه، وفِي فقده إضرار بهم، فأما إذا لم يكن بهم حاجةٌ ماسة إليه، فقد اختلف أصحابُنا فيه، فمنهُم مَن قال لا يجوز؛ لعموم الخبر، ومنهُم مَن قال يجوز؛ لعدم الضرر[٣].

قال أصحابنا: وأما المتاع الذي يجهز من بلد إلىٰ بلد ليبيعه السمسار، ويستقصي فِي ثمنه ويتربص به فإن ذلك جائز؛ لأن صاحب المتاع هو الطالب ذلك، ولصاحبه بيعُه كيف شاء، وليس كذلك فِي البادية، فإنهم لا يريدون التربص، وإنما يريدون بيعه فِي السوق بثمنه، والانصراف إلىٰ أماكنهم، فإذا سأل الحاضر أن يترك المتاع عنده، ليتوكل له ويستقصي فِي بيعه، كان ذلك من جهته دون صاحبه، فحرم عليه ذلك.

---

(١) وهو الذي مشىٰ عليه بحر المذهب (٥/ ٦١).

(٢) يعني نداء الجمعة.

(٣) نقله ابن الرفعة في كفاية النبيه (٩/ ٢٨٠) عن المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَا تَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ لِلْبَيْعِ»، وَمَنْ سَمِعَ هَذَا الْحَدِيثِ ثُمَّ تَلَقَّاهَا فَصَاحِبُ السِّلْعَةِ بِالْخِيَارِ بَعْدَ أَنْ يَقْدُمَ السُّوقَ) قال الشافعي: (وَبِهَذَا آخُذُ إِنْ كَانَ ثَابِتًا)[١].

وهذا كما قال.. (لا يجوزُ تلقي الركب)[٢] ليشتري منهم قبل دخولهم البلد.

والدليلُ على ذلك ما روى أبو داود في سننه[٣] عن نافع، عن ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا أن رسول الله ﷺ قال: «**لا يبيعُ بعضُكم على بيع بعضٍ، ولا تلقَّوا السِّلَعَ حتى يُهبط بها الأسواق**».

[وروى أيضًا عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن النبيَّ ﷺ نهى عن تلقِّي الجلب، فإن تلقى متلقٍّ فاشتراه][٤] فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق[٥].

وروى أبو بكر بن المنذر في كتابِهِ[٦] عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تلقَّوا الجَلَبَ، فمن تلقَّاه فاشتَرى منه شيئًا، فصاحبُه بالخيارِ إذا أتى السوقَ**».

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٧).

(٢) في (ق): «لا تلقوا الركبان».

(٣) سنن أبي داود (٣٤٣٦).

(٤) زيادة من (ف).

(٥) سنن أبي داود (٣٤٣٧).

(٦) الأوسط (٧٩٢٥).

قال أبو بكر بن المنذر[١]: شرط الشافعيُّ فِي الخيار ثبوتَ الحديث[٢]، وقد ثبت حديث أبي هريرة فِي الخيار.

وروىٰ البخاري فِي صحيحه، عن ابن عمر[٣]، وأبي هريرة[٤] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النبيِّ ﷺ.

وأيضًا، قال أبو إسحاق فِي «الشرح»[٥]: نهىٰ النبيُّ ﷺ عن غبنِهم فِي هذا الحديث، كما نهىٰ عن الاستقصاء لهم فِي الحديث الذي قبله، فنظر للبادية والحاضرة جميعًا.

فإذا ثبت هذا، فإن تلقىٰ واشترىٰ كان الشراء صحيحًا؛ لأن النبيَّ ﷺ أثبت الخيار للبائع، والخيار يثبت فِي عقد صحيح، ولأن النهي إذا كان لمعنىٰ فِي غير المعقود عليه لم يمنع صحة البيع، كالنداء يوم الجمعة.

فإذا ثبت هذا، فهل يثبت الخيار للبائع، ينظر فيه؛ فإن كان قد غبنه، ثبت الخيار له، وإن لم يكن غبنه، وإنما اشترىٰ منه بسعر السوق، فقد اختلف أصحابُنا فيه؛ فمنهُم مَن قال: لا خيار له.

ومنهم قال: له الخيار؛ لعموم الخبر، والأول أصح؛ لأن النبيَّ ﷺ أثبت الخيار إذا ورد السوق، ولا يجوزُ أن يكون ذلك إلا ليعرف السعر، ومعرفة الغبن، فدل علىٰ أن الخيار يتعلق به.

فإذا أثبتنا الخيار فإنه علىٰ الفور مع الإمكان، فإذا أمكنه الردُّ فلم يرد

---

(١) الإشراف علىٰ مذاهب العلماء (٦/ ٤٠).

(٢) قال في بحر المذهب (٥/ ٦٢): قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: «بهذا نأخذ إن كان ثابتًا» وهذا رمز بتوهين الرواية في هذه الزيادة لا في أصل الحديث.

(٣) صحيح البخاري (٢١٦٥).

(٤) صحيح البخاري (٢١٦٢).

(٥) حكاه كفاية النبيه (٩/ ٢٨١).

بطل خياره، ولا فرق بين أن يتمكن من الوقوف علىٰ الغبن ليشتغل بغيره، وبين أن يعلم الغبن فيؤخر فسخ البيع فِي بطلان خياره.

فَرع

إذا كان راجعًا من صنعته، فلقي الجلب فِي طريقه، فمِن أصحابِنا مَن قال يجوز أن يشتري منهم؛ لأنه لم يتلقهم للشراء منهم، فلم يدخل فِي النهي، ومنهُم مَن قال لا يجوز؛ لأنه فِي معنىٰ المتلقي، ولأنه يشتريه منهم قبل ورودهم السوق، ووقوفهم علىٰ السعر، والله الموفق للصواب.



باب النهي عن بيع وسلف

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ) قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَذَلِكَ أَنَّ مِنْ سُنَّتِهِ ﷺ أَنْ تَكُونَ الْأَثْمَانُ مَعْلُومَةً)[1] إلى آخره.

وهذا كما قال.. إذا باع رجلٌ من رجل دارًا بألف درهم، علىٰ أن يقرضه المشتري ألف درهم فإن البيع باطل، لما روىٰ عمرُو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا يحلُّ بيعٌ وسلفٌ**»[2] وفِي بعض ألفاظه: نهىٰ عن بيع وسلف[3] والنهي يدلُّ علىٰ فساد المنهي عنه.

وأيضًا، فإنه لا يلزمه القرض وإن كان قد شرطه فِي البيع؛ لأن ذلك لو وجب لكان سلمًا إلىٰ القرض، ولا يصِحُّ السَّلَم فِي القرض، وإذا لم يجب القرض وجب أن يسقط ما فِي مقابلته من الثمن؛ لأن البائع لم يرض بالثمن أن يكون ألفًا حتىٰ يكون معه منفعة القرض، وذلك الخبر الذي يقتضيه شرط القرض ليس بمعلوم، فصار الثمن مجهولًا، والثمنُ المجهولُ لا يصِحُّ به البيع.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٧).

(٢) أخرجه مالك (٥٦٩)، وأبو داود (٣٥٠٤)، والنسائي (٤٦١١).

(٣) كذا جاء في النسخ، وقال الماوردي (٥/ ٣٥١): روىٰ الحجازيون أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع وسلف، وروىٰ العراقيون أنه نهىٰ عن بيع وقرض، والسلف هو القرض بلغة أهل الحجاز، فاحتمل أن يكونا خبرين قالهما النبي ﷺ بلغتين في وقتين، واحتمل أن يكون خبرًا واحدًا رواه الحجازيون بلغتهم ورواه العراقيون بلغتهم، ومثل هذا يجوز الرواية إذا كان معنىٰ اللفظ جليًّا والاحتمال عنه منتفيًا.

وهكذا إذا شرط المشتري على البائع أن يقرضه ألف درهم، فإنه [لا يصِحُّ][١] البيع، ولا فرق بين أن يكون القرضُ من جهة المشتري، أو من جهة البائع، والدليلُ عليه ما ذكرتُه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَا خَيْرَ فِي أَنْ يُسَلِّفَهُ مِائَةً عَلَى أَنْ يعطيه جزءًا مِنْهَا، وَلَا أَنْ يُعْطِيَهُ إِيَّاهَا فِي بَلَدِ كَذَا، وَلَوْ أَسْلَفَهُ إِيَّاهَا بِلَا شَرْطٍ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْكُرَهُ، فَيَقْضِيَهُ خَيْرًا مِنْهَا)[٢].

وهذا كما قال.. القرضُ مستحب، وهو من أفعال الخير، ووجهٌ من وجوه البر.

والأصلُ فيه ما روىٰ عبد الرزاق[٣]، عن معمر، عن محمد بن واسع، عن أبي صالح، عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «**مَن كَشَفَ عن مُسْلِم كربةً مِن كُرب الدنيا، كَشَفَ اللهُ عنه كربةً مِن كُرب يوم القيامة، واللهُ فِي عونِ العبدِ ما كان العبدُ فِي حاجةِ أخيه**» والقرضُ من أعظم الحاجات، فوجب أن يكون فِي قضائها مزية وطاعة لظاهر الخبر.

وأيضًا، روي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «**ليس للقرض جزاء إلا القضاء والحمد**»[٤]، وما يستحق الحمد عليه، فهو من أفعال الخير.

وأيضًا، روي عن أبي الدرداء أنه قال: لأن أقرض دينارين، ثم يردان إليَّ، ثم أقرضهما مرة أخرىٰ، أحب إليَّ من أن أتصدق بهما[٥].

---

(١) ليس في (ق).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٧).

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٨٩٣٣).

(٤) أخرجه ابن المنذر (٨٢٢٨).

(٥) أخرجه ابن المنذر (٨٢٣٥).

وأيضًا، روي عن عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس أنهما قالا: لأن أقرض مرتين، أحب إليَّ من أن أتصدق مرة[١].

فإذا ثبت هذا، فإن أقرض مطلقًا ولم يشترط الزيادة فِي قضائه فقد فعل الخير، وإن شرط الزيادة كان حرامًا، ولا فرق بين أن يشترط زيادة فِي الصفة، أو فِي القدر.

والأصلُ فيه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**كل قرض جر منفعة، فهو ربا**»[٢]، وروي عن النبيِّ ﷺ: أنه نهىٰ عن قرض جر منفعة[٣].

وأيضًا، فإن القرض عقد إرفاق وليس بمعاوضة[٤]، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه، فلم يجز، كما إذا باع بغير عوض لم يصح؛ لأنه أخرجه عن موضوعه من المعاوضة إلىٰ الإرفاق.

قال الشافعي[٥]: وهكذا إذا أقرضه علىٰ أن يكتب به سَفتَجَة[٦] لم يجز؛ يجز؛ لأنه قرض جر منفعة، فإنه شرط فيه أن يقضيه ببلد آخر، فيأمن فيه غرر مئونة الحمل، وهذا منفعة.

وأما إذا لم يشترط الزيادة، ولا كتب السَّفتجة، ولكنه أقرضه مطلقًا، ثم قضاه خيرًا منه صفقة، أو عددًا، أو كتب له به سَفتجة فإن ذلك جائز، وهو

(١) أخرجه ابن المنذر (٨٢٣٦).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (١٠٩٣٣).

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (١٠٩٣٣) قال في البدر المنير (٦/ ٦٢١): في إسناده سوار بن مصعب وهو متروك، وفي «المغني عن الحفظ والكتاب» لابن بدر الموصلي: باب كل قرض جر منفعة فهو ربا؛ لم يصح فيه شيء عن رسول الله ﷺ.

(٤) فلا يقصد به المغابنة ولا طلب الفضل.

(٥) الأم (٧/ ١١٤).

(٦) السفتجة: دراهم يأخذها رجل من رجل بمكان ليضمن له أخذها بمكان ثان.

أفضل من رده علىٰ صفته لما روي عن النبيِّ ﷺ أنه استسلف من رجل بكرًا، فقدمت عليه إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره، فرجع أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا جملًا خيارًا رباعيًا، فقال: «**أعطه إياه، إن خيار الناس أحسنُهم قضاء**»[١].

وأيضًا، روىٰ أبو هريرة أن رجلًا أتىٰ رسولَ الله ﷺ يتقاضاه، فهمَّ به أصحابه، فقال النبي ﷺ: «**دعوه فإن لصاحبِ الحقِّ مقالًا**»[٢]، وقال: «**اشتروا له بعيرًا فأعطوه إياه**»، فقالوا: لا نجد بعيرًا إلا سنًّا أفضل من سنِّه، فقال: «**اشتروه فأعطوه إياه، فإن خيرَكم أحسنُكم قضاء**»[٣].

فإذا ثبت هذا، فإنه لا فرق بين أن تكون عادة، أو بين أن لا تكون عادة، وإليه ذهب أبو إسحاق المروزي فِي «الشرح».

ومِن أصحابِنا مَن قال إذا كان ذلك عادةً بينهما فإنه لا يجوز؛ لأن العادة تصير بمنزلة الشرط فيه.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأن حُسْنَ القضاء من غير شرط مندوبٌ إليه، فلا يجوزُ أن يكون مانعًا من القرض، ولأنه إقراض مطلق، فأشبه إذا لم يكن عادة.

وأما قولهم إنه يصير كالمشروط، فهو أنه غيرُ صحيح؛ لأن رجلًا لو كان إذا اشترىٰ ثمرة أعطىٰ البائع منها، وتكرر ذلك منه مرة بعد مرة، فإنه لا يمنع صحة البيع، ولا يكون بمنزلة المشروط فيه البيان؛ فكذلك هذا الذي ذكرتُه هو المذهبُ[٤] الصحيح.

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٠).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٠٦) ومسلم (١٦٠١).

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٩٠).

(٤) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

وقال أبو علي فِي «الإفصاح»: مِن أصحابِنا مَن قال هذا مما يجري فيه الربا، وأما ما لا يجري فيه الربا، فإنه يجوز شرط الزيادة فيه، مثل أن يقرض ثوبًا بثوبين، أو عبدًا بعبدين؛ لأن ذلك يجوز فِي البيع، فجاز فِي القرض.

وهذا غيرُ صحيح؛ لما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**كلُّ قرضٍ جرَّ منفعةً، فهو ربا**»[١]، وما روي عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن قرض جرَّ منفعةً[٢]، ولم يفرق بين ما يجري فيه الربا، وما لا يجري فيه الربا، فهو علىٰ عمومه.

وأيضًا، فإنه موضوع علىٰ الإرفاق، وشرط الزيادة فيه يخرجه عن بابه، فوجب أن يفسده، أصله: إذا لم يشترط العوض فِي البيع، فإنه إذا ترك شرط العوض، أخرجه عن المعاوضة إلىٰ الإرفاق.

وأما الجوابُ عن البيع، فهو أنه يجوز فِي البيع زيادة الصفة ولا يكون ربًا؛ لأنه يجوزُ بيعُ دينار نيسابوري بدينار قاساني، ولا يكونُ ذلك ربًا، وإذا شرط ذلك فِي القرض كان فاسدًا فكان ربًا، فبطل ما قاله هذا القائل.

وأما القضاء فِي القرض، فإن القرض إن كان مما له مثل من المكيل والموزون، فإنه يقضيه مثل القرض الذي استقرضه.

وإن كان مما لا مثل له مثل الثياب والحيوان والخشب، فإن أصحابنا اختلفوا فيه؛ فمنهُم مَن قال: يجب عليه قيمته؛ كما يجب علىٰ المتلف قيمته، ومنهُم مَن قال يجب مثله، وهو الصحيح؛ وعليه أكثر أصحابنا.

ووجهه ما روي أن النبيَّ ﷺ استسلف من رجل بكرًا، ثم أمر أن يقضىٰ بكرًا مثله، فلما لم يوجد مثله، أمر بأن يقضىٰ رباعيًّا، وكذلك فِي حديث أبي هريرة أمر بأن يقضىٰ سنًّا أعلىٰ من سن المقرض.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (١٠٩٣٣).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (١٠٩٣٣).

ويخالف الإتلاف؛ لأن القيمة أخص، فأمر به تغليظًا علىٰ المتلف، وليس كذلك القرض؛ فإنه مبنيٌّ علىٰ الإرفاق والمسامحة، فأوجب مثله علىٰ التقريب، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

فأما ما يصح فيه القرضُ، فهو كلُّ ما يُضبط بالوصف، أو كلُّ مالٍ يصح السَّلَمُ(١) **فيه**، مثل: المكيل، والموزون، أو المذروع من الثياب، أو الحيوان، ولا يجوزُ إقراضُ ما لا يضبط وصفُه، مثل الجواهر، وما لا يجوزُ السَّلَم فيه، فعلىٰ هذا قولُ من قال يثبت فِي ذمة المستقرِض مثلُه؛ لأن هذا مثله لا يثبت فِي الذمة، فلم يصح استقراضه(٢).

وأما من قال من أصحابنا إن ما لا مثل له تجب قيمتُه فِي ذمة المستقرض يجوِّز القرضَ فِي الجواهر وغيرها مما لا يُضبط، ويقوَّم ويرد عليه قيمته، وإن لم يقوَّم وتصادقا علىٰ قيمته وجبت، وإن اختلفا فِي قيمته، كان القولُ قول المستقرض مع يمينه.

وقال أبو حنيفة: لا يجوزُ القرض فِي الثياب، ولا فِي الحيوان، ولا يجوزُ إلا فيما له مثلٌ من المكيل، والموزون، واحتج بأنه مالٌ لا مثل له، أو مال يجب علىٰ متلفه قيمته، فوجب أن لا يصِحَّ قرضه، أصله: الجارية، والجوهرة.

وأيضًا، فإن القرض يوجب رد مثله، والثوب والحيوان لا مثل لهما، فلا يجوزُ قرضهما.

---

(١) في (ف، ق): «المسلم»، وهو غلط، وفي بحر المذهب (٥/ ٦٧): يجوز قرض الحيوان، وكل ما يجوز فيه السلم وجهًا واحدًا.

(٢) نقله بحر المذهب (٥/ ٦٩) عن المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ.

وهذا عندنا غيرُ صحيح[١] لما روي أن النبيَّ ﷺ استسلف من رجل بكرًا، فلما جاءته إبل الصدقة أمر أبا رافع أن يقضيه، فقال: لا أجد إلا جملًا خيارًا رباعيًّا، فقال: «**أعطه إياه، فإن خير الناس أحسنهم قضاءً**»[٢] وهذا نص.

فإن قيل: كان النبي ﷺ استسلف للفقراء علىٰ مال الصدقة، ويجوز ذلك؛ لأن مال الصدقة يثبت مع الجهالة، فجاز أن يثبت مال القرض من جنس الحيوان، مع ما فيه من الجهالة علىٰ مال الصدقة.

فالجوابُ عنه من وجهين، أحدهما: أن النبيَّ ﷺ استقرض لنفسه، والدليلُ عليه ما روي أن النبيَّ ﷺ استسلف من رجل بكرًا، وإطلاقُه يقتضي أن يكون ذلك لنفسه، كما إذا اشترىٰ أو نكح أو غير ذلك اقتضىٰ أن يكون لنفسه.

فإن قيل: لا يجوزُ أن يكون لنفسه؛ لأنه قضاه من مال الصدقة، ولا تحل الصدقة للنبي ﷺ.

فالجوابُ: أنه لما قضاه أكثر مما استقرضه دل علىٰ أنه قضاه عن نفسه؛ لأنه لا يجوزُ أن يزيد من حق المساكين، فكأن النبيَّ ﷺ استقرض من مال الفقراء ما قضىٰ به عن نفسه مال القرض الذي عليه، ومثل هذا جائز.

وجوابٌ آخر، وهو أنَّا نسلِّم[٣] أنه استسلف للفقراء، وما جاز أن يستسلف للفقراء، جاز أن يستسلف للأغنياء ولنفسه.

وقولهم إنه استسلف على مال الصدقة، فغيرُ صحيح؛ لأن القرض لا

---

(١) ووافقه بحر المذهب فقال: وهذا غلط لما ذكرناه من الخبر، ولأنه ثبت في الذمة سلمًا فيثبت قرضًا كالمكيل.

(٢) أخرجه مسلم (١٦٠٠).

(٣) في (ق): «لا نسلم» وزيادة حرف النفي ههنا غلط ظاهر.

يتعلق بمال بعينه، وإنما يثبت فِي الذمة؛ علىٰ أن المال الذي يثبت مع الجهالة لا يجوزُ استقراض المجهول عليه، كما لا يجوزُ الاستقراض علىٰ مال الوصية، والمال الذي يثبت له بالإقرار، أو يقبل وليه، أو مهر المثل، أو ما ورثه، وكل هذا يثبت مع الجهالة، ولا يجوزُ استقراض المجهول عليه، فسقط ما قاله.

ومن القياس: أنه مال يثبت فِي الذمة صداقًا، أو يثبت فِي الذمة سلمًا، فجاز أن يثبت فِي الذمة قرضًا، أصله: ما له مثل من المكيل والموزون.

وأيضًا، فإن ما جاز استقراضُه للفقراء علىٰ مال الصدقة، جاز استقراضُه للأغنياء، أصله: ما ذكرته.

وأيضًا، فإن القرض سومح فيه ما لم يسامح فِي الصداق والسَّلَم، فإذا جاز ثبوتُ الثوب بالصداق والسَّلَم، جاز ثبوتُ الحيوان بعقد الصداق، وكان ثبوته بعد القرض أولىٰ.

والدليلُ علىٰ أنه سومح فِي القرض أنه أجيز أخذ الدراهم بالدراهم نسيئة، وأجيز استقراض الخبز، ولا يجوزُ السَّلَم فيه، إلا أن ذلك لا يلزم أبا حنيفة، فإنه لا يجيز استقراض الخبز، وأبو يوسف يجيزه وزنًا، ومحمدٌ يجيزه عددًا[1]، إلا أن ما قال أبو حنيفة خلاف إجماع المسلمين، فإنهم يستقرضون ويقرضون من غير تناكر بينهم.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على الجواري والجواهر، بعلة وجوب القيمة على المتلف، فهو أن أصحاب أبي حنيفة يقولون: من أتلف ثوبًا لزمه ثوب مثله فِي ذمته، وقالوا ذلك فيمن غصب ثوبًا وأتلفه، وقيمته ألف، فصالحه فيه علىٰ ألفين، قال أبو حنيفة: يصح الصلح، وقلنا: لا يصِحُّ

---

(١) ذكره بحر المذهب (٥/ ٦٩).

الصلح[١]، واحتجوا بأن الواجب فِي ذمته هو الثوب، فيصير كأنه باع الثوب الذي يساوي ألفًا بألفين، فعلىٰ هذا سقط وصف العلة.

وجوابٌ آخر، وهو أن وجوب القيمة علىٰ متلفه لا تمنع من ثبوته فِي ذمته صداقًا وسلمًا، فكذلك لا تمنع ثبوته فِي ذمته قرضًا، وقرض الجارية من ذي رحمها جائز عندنا، فسقط الأصل.

وجوابٌ آخر، وهو أن المعنىٰ فِي الجواري أن قرضهن يؤدي إلىٰ استباحة الوطء بملك ضعيف؛ لأن للمستقرض أن يرد العين متىٰ شاء، وللمقرض أن يرجع فيها متىٰ شاء، فإذا كان كذلك لم يجز أن يطأها بملك ضعيف، ولأنه إذا وطئها وهو يملك ردها - ولا يبطل حق الرد بالوطء - لم يجز؛ لأنه فِي معنىٰ الاستعارة للوطء، وأما الجواهر فإنها لا تنضبط بالوصف، ولهذا لا تثبت فِي الذمة صداقًا وسلمًا.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت ما ذكرناه، فإن قرض الجواري من ذي رحمها جائز مثل: أبيها، وابنها، أو أخيها، أو عمها، أو خالها فإنهم لا يجوزُ لهم وطؤها، فيكون ذلك بمنزلة استقراض العبيد.

ولا يختلف قول الشافعي[٢] أنه يجوز وكذلك قرض هذه الجارية، ولا يختلف مذهبه أنه لا يجوزُ قرضها من أجنبي، أو قرابة لا يحرم عليه وطؤها، قولًا واحدًا[٣].

---

(١) زاد بعدها في (ق): وقلنا لا يصح» وهو تكرار فاسد.

(٢) أشار بهذا لضعف ما ذهب إليه المزني من تأويل كلام الشافعي في جواز قرضهن أن يكون قولًا ثانيًا. قال الماوردي (٥/ ٣٥٤): بل منصوصات الشافعي كلها دالة علىٰ تحريم قرضهن.

(٣) بحر المذهب (٥/ ٦٩ - ٧٠).

وقال داود، وأبو جعفر محمد بن جرير الطبري، وأبو إبراهيم المزني: يجوز قرض الجواري[١].

واحتج من نصر قولهم بما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: [«**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**»[٢]، وبما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال][٣]: «**الناس مُسلَّطون على أملاكِهِم**»[٤]، وبقول الله تعالىٰ: ﴿**أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ**﴾ [المائدة: ١]، وبأنها يجوز السَّلَم فيها، فجاز قرضُها قياسًا علىٰ سائر الأموال.

وهذا عندنا غيرُ صحيح[٥]، **والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه** ما قدمتُه، وهو أن ملك المستقرض ضعيف[٦]، بدلالة أنه يملكُ ردها علىٰ المقرض، ويملك المقرض الرجوع فيها بغير اختيار المستقرض، فلم يجز استباحة وطئها بملك ضعيف.

وأيضًا، فإن هذه منفعة لا تجوز إعارتُها، فلا يجوزُ قرضُها، أصله: وطء الحرة.

وأيضًا، فإنه يطأ جاريةً يملك ردها ثم يردها بعد الوطء، فيكون ذلك فِي معنىٰ الاستعارة للوطء، وذلك لا يجوز.

ولا يدخل علىٰ هذا إذا اشترىٰ جارية، ووجد بها عيبًا؛ لأنه إذا وطئها مع العلم بعيبها بطل حقُّ الرد، ولم يجز أن يطأها ويردها.

وكذلك إذا وهبها والده جاز له الرجوع فيها، إلا أنه لا يملك ردها، فلم

---

(١) بناءً علىٰ مذهبهم في جواز السلم فيهن .. الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٣).

(٢) أخرجه أحمد (٢١٠٨٣) والدارقطني (٢٨٨٤) من حديث عمرو بن يثربي رضي الله عنه.

(٣) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٤) لم نقف عليه.

(٥) وقال في الحاوي الكبير: وهذا خطأ.

(٦) عبر عنه الماوردي بقوله: غير مستقر.

يدخل علىٰ ما قلناه.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من قوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»، فهو أن المستقرض لا يطأ بطيب نفس المقرض، وإنما يطؤها بملك نفسه، وليس لطيب نفس المستقرض فيه تأثير، وقد ثبت أن ملكه ضعيف لا يجوزُ أن يستبيح به الوطء، فلم يصح استقراضهن.

وأما الجوابُ عن قوله ﷺ: «الناس مُسَلَّطون على أملاكِهِم»، وقوله تعالىٰ ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] فإنا نخصه بما ذكرناه.

وأما قولهم لما جاز السَّلَم فيها جاز القرض، قياسًا على سائر الأموال، فالجوابُ(١) أن المسْلِمَ يملكها ملكًا تامًّا، فيجوز أن يملك منها، وليس كذلك المستقرض، فإنه لا يملكها ملكًا تامًّا، فلا يجوزُ أن يستبيح وطأها ولأن المعنىٰ فِي الأصل: أن سائر الأموال يجوز إعارتها لمنافعها فجاز استقراضها، ولا يجوزُ إعارة الجارية لوطئها، فلا يجوزُ استقراضها.

ولأن المكاتب لا يجوزُ له وطء جاريته؛ لأن ملكه فيها ضعيف، ويجوز أن ينتفع بسائر الأموال، فدل علىٰ الفرق بينهما. والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

اختلف أصحابُنا متى يملك المستقرضُ القرض؟ فمنهُم مَن قال يملكُه بالتصرف فيه، ومنهُم مَن قال بالقبض، فإذا قلنا بالقبض، فوجهه أنه قبض لا يُجبر عليه يتعلق به جواز التصرف، فوجب أن يتعلق به المالُ قياسًا علىٰ القبض فِي الهبة، وإذا قلنا يملك بالتصرف، فوجهه أن ما دامتِ العينُ باقية فِي يده كان للمقرض أن يرجع فيها، وللمستقرض أن يردها، فدل علىٰ أنه

(١) في (ف): «وأما الجوابُ» وهو غلط.

يملكها، وأنها بمنزلة العارية فِي يده.

وأما الرجوع، فلا يختلف أصحابُنا أن للمستقرض أن يرد العين إلىٰ المقرض.

وهل للمقرض أن يرجع بها؟ فالذي نص الشافعي عليه أن يرجع بها، وقد ذكر فِي «الأم»[1] فِي باب السَّلَم فِي الحيوان، قال الربيع: قال الشافعي: لا يجوزُ أن أقرضك جارية، ويجوز أن أقرضك كل شيء سواها من دراهم، ودنانير، لأن الفروج تحاط بأكثر مما يحاط به غيرها، فلما كنتُ أسلفتُك جارية، كان لي نزعها منك؛ لأني لم أجد فيها منك عوضًا، ولم يكن لك أن تطأ جارية سأنزعها منك. وهذا يدلُّ علىٰ أن للمقرض أن يرجع فِي عين القرض متىٰ شاء.

وقال أبو عبد الله فِي «شرح التلخيص»: إن نوع القرض يجوز الرجوع فِي عينه من كل مقترض يعلم أن الملك فِي القرض مراعىٰ إلىٰ أن يرجع فيه المقرض، فيتبين أنه لم يكن مستقرًّا أو يتلفه المستقرض، فيتبين أنه كان مستقرًّا.

ومِن أصحابِنا مَن قال: للمستقرض أن يرد عين القرض متىٰ شاء، وأما المقترض فإذا قلنا لم يملكه المستقرض بالقبض كان له الرجوع، وإذا قلنا يملكه المستقرض لم يكن له أن يرجع بعينه، ويكون حقه فِي ذمته يطالبه به، ويدفع إليه المستقرض من أي مال شاء، وهذا ليس بصحيح، وهو مخالفٌ لنصِّ الشافعي، والمذهبُ أن للمقرض أن يرجع بعين القرض متىٰ شاء، وليس للمستقرض أن يمتنع من ذلك.

---

(١) الأم (٣/ ١٢١).

فرع

إذا استقرض رجلٌ من رجل نصفَ دينار قُراضةً[١]، فأعطاه دينارًا، فقال «نصفُه قضاء عما لك عليَّ، ونصفُه وديعة لي عندك» فإن رضي به جاز، ويكون بينهما نصفين، ولكلِّ واحدٍ منهما أن يتصرف فِي نصفه مشاعًا، وإن اتفقا علىٰ كسره جاز، وإن اختلفا فيه لم يجبر الممتنع منهما علىٰ كسره؛ لأن فِي كسره إضرارًا بكل واحد منهما؛ لأن كسره ينقص قيمته.

وإذا أراد المقرض أن يمتنع من قبض نصفه مشاعًا كان له؛ لأنه وإن كان خيرًا من وجه، فهو نقصان من وجه؛ لأنه لا يمكنه كسره وإفراد نصيبه، وأما إن اتفقا علىٰ أن يكون نصفه قضاءً ونصفه قرضًا، أو ثمنًا لمبيع اشتراه، أو سلمًا فِي طعام ثمنه فِي ذمته كان جائزًا، ويكون له التصرف فِي جميع الدينار.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ مِنْ بَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ حَالٌّ، فَأَخَّرَهُ بِهِ مُدَّةً، كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ مَتَى شَاءَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَيْسَ بِإِخْرَاجِ شَيْءٍ مِنْ مِلْكِهِ، وَلَا أَخَذَ مِنْهُ عِوَضًا فَيَلْزَمُهُ، وَهَذَا مَعْرُوفٌ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا كان لرجل علىٰ رجل دَيْنٌ حالٌّ فأجَّله فيه لم يضر، وكان المستحبُّ له أن يفِي به ويؤخر المطالبة إلىٰ محله، وإن لم يفعل وطالب به فِي الحال كان له.

وسواء كان الدَّيْنُ ثمنًا، أو أجرة، أو صداقًا، أو كان قرضًا، أو أرش

(١) ينظر بحر المذهب (٥/ ٧٢).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٧).

جناية، وكذلك إن اتفقا علىٰ الزيادة فِي الثمن لم يصح ولم يثبت، وإن حط من الثمن شيئًا أو حط جميعه صح، وكان إبراءً مما له عليه، ولا يلحق بالعقد، وإنما هو إبراءٌ فِي الوقت الذي أبرأه منه.

وقال أبو حنيفة: التأجيل يثبت فِي الثمن، والأجرة، والصداق ويلحق بالعقد، وكذلك الزيادة.

وأما الحطُّ فينظر فيه؛ فإن كان لبعض الثمن لحق بالعقد، وإن كان لجميع الثمن لم يلحق بالعقد، وكان إبراءً من الوقت الذي أبرأ منه، قال: وأما فِي الدَّين من جهة القرض وأرش الجناية، فإنه لا يثبت فيهما التأجيلُ ولا الزيادةُ بحال.

وقال مالك: يثبت التأجيل فِي الجميع من الثمن، والأجرة، والصداق، والقرض، وأرش الجناية، وقال فِي الزيادة مثل قول أبي حنيفة.

واحتج من نصر قولهم بقول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء:٢٤] وهذا يدلُّ علىٰ جواز الزيادة فِي الصداق وتأجيله، وأيضًا، قوله تعالىٰ: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج:٧٧]، وبما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**كلُّ معروفٍ صدقةٌ**»[١] [والصدقة تلزم][٢]، وبما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**المؤمنونَ عندَ شُرُوطِهِم**»[٣].

ومن القياس: أنهما يملكان العقد؛ لأن لهما تبقيتَه ولهما فسخَه، فوجب أن يملكا الزيادة والنقصان والتأجيل والتعجيل، قياسًا علىٰ ذلك العقد.

وأيضًا، فإن ما يثبت شرطه فِي العقد يثبت بعد استقراره، أصله: الدَّين.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٠٢١).

(٢) ليس في (ق).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٤٥٤) وأبو داود (٣٥٩٤) بنحوه، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

وأيضًا، فإن الزيادة والتأجيل يصحَّان قبل التفرُّق، فوجب أن يصحَّا بعد التفرُّق، ولا فرق بينهما.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه أن المشتري يملك المبيع، فإذا بذَلَ الثمنَ كان فِي مقابلة ملكه، ولا يجوزُ أن يشتري ملكه، يدل عليه أنه لو اشترىٰ ملكه من وكيله لم يصح، وهذا دليلٌ يوجب العلم ويقطع العذر.

فإن قيل: لا نسلِّم أنه بذلُ ثمنٍ فِي مقابلة ملكه(١)، لأنَّا نقولُ يفسخ البيع الأول(٢)، وينعقد بالثمن الزائد.

فالجوابُ: أن هذا غلط، لأن الزيادة إن كانت فسخًا للعقد لا يجوزُ أن ينعقد به حتىٰ يستأنف العقد بإيجاب وقبول؛ لأن ما كان فسخًا للعقد لا يجوزُ أن يكون عقدًا، ولا ما كان عقدًا أن يكون فسخًا؛ ألا ترىٰ أن الإقالة لما كانت فسخًا لم يجز أن تكون بيعًا، وكذلك الرد بالعيب، وما أشبه ذلك.

وأيضًا، فإن كل من يلزمه الثمن المسمىٰ فِي العقد لم تلزمه الزيادة بعد استقراره قياسًا علىٰ الشفيع.

فإن قال المخالف: بل يلحقُ بالبيع، ويصيرُ كأنه مسمىٰ فِي حال العقد.

فالجوابُ: أن هذا مستحيل، لأنه لا يصِحُّ إثباتُ بيع فيما مضىٰ، وإذا لم يجزْ إيقاعُ طلاق وعتاق فيما مضىٰ، فالزيادةُ فِي الثمن أولىٰ، ولأن عنده إذا حطَّ جميع الثمن لا يلحق بالعقد، فدل هذا علىٰ استحالته.

فإن قال: إنما لا يلحقُ بالعقد لأنه يبطلُ البيع.

قيل له: لا يجوزُ اعتبار المشتري بالشفيع؛ لأن المشتري قد يلزمه من

---

(١) في (ف، ق): «ماله» وهو غلط، فبذل الثمن لا يكون في مقابلة المال.

(٢) زاد بعدها في (ق): «وينعقد بالثمن الأول» وهي زيادة فاسدة.

الثمن ما لا يلزم الشفيع، ألا ترىٰ أن البائع والمشتري إذا اختلفا فِي الثمن فقال البائع: «بعتُ بألفين»، وقال المشتري «بألف» وأقام البائعُ البينةَ علىٰ دعواه لزم المشتري ألفان، وأخذ الشفيع من المشتري بألف، وهو الذي أقرَّ به.

فالجوابُ: أن المشتري أقر بأن الثمن ألف، وأن الزيادة ظلمٌ لحِقَه من جهة البائع، فلم يجز أن يرجع بالظلم إلا علىٰ الظالم، وليس كذلك الزيادة فِي الثمن؛ لأنها لو ثبتت علىٰ ما قاله المخالف، لوجب أن تكون بمنزلة أصل الثمن، ويكون الشفيعُ بمنزلة المشتري فيها.

وأيضًا، نقول فِي النقصان حطيطةٌ بعد استقرار العقد، فلا يلحق به قياسًا علىٰ حط جميع الثمن.

فإن قيل: لا يمكن إلحاقُ حطِّ الجميع بالعقد؛ لأنه يبطله.

فالجوابُ: أن عند أبي حنيفة إذا شرط أجلًا مجهولًا، أو خمرًا، أو خنزيرًا لحق بالعقد وبطل العقد، فسقط هذا السؤال.

وأيضًا، نقول فِي التأجيل تأخير حق حالٍّ، أو إنظار حق حالٍّ، فوجب أن لا يلزم، أصله: تأخير القرض، أو أرش الجناية، أو أنظرتِ المرأةُ زوجها العِنِّين مع مضي الحول حولًا آخر، وأنظر الإمامُ أربابَ الأموال فِي الزكاة بعد مضي الحول.

[**وأما الجوابُ عما احتجوا به من قول الله تعالى**: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء:٢٤] فالمراد به: من الإبراء والإسقاط أو المطالبة به][١].

وأما الجوابُ عما احتجوا به من قول الله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾

---

(١) زيادة من (ف).

[الحج:٧٧]، فهو أنَّا نستحب له أن يفِي به.

وأما قولُه ﷺ: «**المؤمنون عند شروطهم**»، فإنه لا يدلُّ علىٰ الوجوب، وإنما يدلُّ علىٰ أن المؤمنين يفون بشروطهم كما نقول «فلان عند شرطه» إذا كان يفِي به، فإذا كان كذلك لم يكن لهم فيه حجة.

وأما الجوابُ عن قوله ﷺ: «**كل معروف صدقة**»، فهو دليلنا؛ لأن الصدقة لا تلزمه قبل القبض، فكذلك هاهنا.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أنهما يملكان العقد، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك؛ لأن العقد بعد استقراره ليس مما يملك، وإنما يملكان فسخه، وهذا لا يدلُّ علىٰ أنهما يملكان بذلَ الثمن فِي مقابلته، كما أن مَنْ ملك عبدًا فإنه يملك إزالة ملكه عنه، ولا يملكُ أن يشتريه وبذل الثمن فِي مقابلته.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على الرهن، فهو أن الرهن عقد مستأنفٌ، فجاز عقدُه فِي كلِّ موضع ثبت فيه دين، وليس كذلك الزيادة فِي الثمن، فإنها لا تصح إلا فِي مقابلة ملك غيره، وهذا المعنىٰ معدوم، ويدلُّ علىٰ ذلك: أن الرهن يصح فِي القرض وأرش الجناية، والتأجيل والزيادة لا يصحان فيهما.

وأما الجوابُ عن الزيادة فِي حال المجلس قبل التفرق، فهو أن أبا علي قال فِي «الإفصاح» فِي باب بيع المرابحة: إذا قلنا إن الملك قد انتقل إلىٰ المشتري بالعقد، لم تثبت الزيادة، وإذا قلنا الملك للبائع ثبتت، فعلىٰ هذا لا نسلِّم أن الزيادة تثبت فِي حال المجلس، وقال غيره من أصحابنا: تثبت الزيادة والأجل.

فعلىٰ هذا نقول: الفرقُ بين ما قبل التفرق وبين ما بعد التفرق، هو أن

قبل التفرق لكلٍّ واحدٍ منهما تركُ[1] العقد وإتمامُه، فهو بمنزلة حال العقد، ولأن رأس مال الصرف والسَّلَم يصح قبضه فيه كما يصح فِي حال العقد ولا يصِحُّ قبضه بعد التطرق، فدل علىٰ أن زمان المجلس يجري مجرىٰ حال العقد، والله الموفق للصواب.



(١) في (ف، ق): «بدل» وهو تحريف.

باب
تجارة الوصي بمال اليتيم، وبيع عقاره

◆ قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَأُحِبُّ أَنْ يَتَّجِرَ الْوَصِيُّ بِأَمْوَالِ مَنْ يَلِي وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)[١].

وهذا كما قال.. من ولي صغيرًا له مال، فإنه يُستحب له أن يتَّجر فيه، سواء كان أبًا، أو جدًّا أو وصيًّا، أو حاكمًا أو أمينًا لحاكم.

والدليلُ علىٰ ذلك[٢] ما روىٰ عبد الله بن عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مَن وَلِي يتيمًا له مالٌ فليتجِرْ له، ولا يتركْهُ حتى تأكلَه الصدقةُ**»[٣].

وروىٰ الشافعي بإسناده عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**ابتغُوا فِي أموالِ اليتامى لا تأكُلُها الزكاةُ**»[٤].

وأيضًا، روي عن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه اتجر بمال يتيم[٥].

وروي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها كانت تتجر فِي أموال بني محمد بن أبي بكر الصديق[٦].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٧).

(٢) فاته رَحِمَهُ اللَّهُ أن يستدل له بقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾ فإنهم فسروه بالإتجار في مال اليتيم.. بحر المذهب (٥/ ٧٤).

(٣) أخرجه الترمذي (٦٤١)، و الدارقطني (١٩٧٠).

(٤) مسند الشافعي/ سنجر (٧١٣).

(٥) أخرجه عبد الرزاق (٦٩٨٧) والبيهقي (١٠٩٨٥).

(٦) أخرجه البيهقي (١٠٩٨٦).

ولا يعرف لهما مخالف[١].

وأيضًا، فإن الصغير لا بد له من النفقة، فإذا اتجر الوصي له أنفق عليه من فضله، وإن لم يتجر أنفق من أصله، فذهبت النفقة به، فكانت التجارة فيه أفضل، ولا يتجر إلا فِي المواضع المأمونة دون الخطرة؛ لأنه لا يجوزُ أن يغرر بماله.

فإن قيل: أليس قد أبضعتْ عائشةُ ﵂ أموال بني محمد بن أبي بكر الصديق فِي البحر[٢].

فالجوابُ: أنه يحتمل أن يكون فِي المدن القريبة من الشط، فلم يكن فيه غرر، ويحتمل أن يكون فعلته بشرط الضمان، فإن سلم كان لهم، وإن هلك غرمته[٣].

فإذا ثبت هذا، فإنا نستحب له أن يشتري العقار؛ لأنه إذا استحب له أن يتجر فيه، كان شراء العقار فِي معنىٰ التجارة؛ لأنه يحصل منه الفضل ويبقىٰ الأصل، وكان هذا أولىٰ بالاستحباب؛ لأن الغرر فيه أقل.

فإذا ثبت هذا، قال أبو علي فِي «الإفصاح»: يشتريه من ثقة أمين يؤمن جحوده فِي الثاني وحيلته فِي إفساد البيع بأن يكون قد أقر لغيره قبل البيع وما أشبه ذلك.

ويكون فِي موضع لا يخاف هلاكه، بأن لا يكون بقرب الماء فيغرقه فِي وقت الزيادة، أو فِي معترك بين طائفتين من أهل البلد، فيخاف عليه الحريق

---

(١) يعني فكأنه إجماع كما صرح به الماوردي في الحاوي الكبير (٥/ ٣٦٢)، ووقع فيه خلاف بعد ذلك، فابن أبي ليلىٰ يقول: لا يجوز للولي أن يتجر بمال يتيم.. قال بحر المذهب (٥/ ٧٤): وهو غلط.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٠٢١٠) وابن المنذر (٧٠٩٠).

(٣) نقله بحر المذهب (٥/ ٧٤).

والهدم، مثلما شاهدناه ببغداد بقرب القنطرة، ونشاهده الآن بقرب الدقاقين والقلائين.

وإذا ثبت هذا، فإنا إذا استحببنا له الشراء، فإنا نستحب له بناء العقار له؛ لأن البناء فِي معنىٰ الشراء؛ لأنه تحصيل العقار بعوض، ولعله أولىٰ؛ لأنه أقل للعوض، فإن الإنسان ربما بنىٰ وباع طلبًا للفضل والربح.

وإذا ثبت هذا، قال الشافعي: يبني بطين وآجر، ولا يبني بلبِن ولا بجِص، فأما اللبِنُ فإنه لا مرجوع له، وأما الجِص فإنه يلتزق بالآجر، وإذا تهدم لا يتخلص الآجر منه ويؤدي إلىٰ كسره وهلاكه[1].

وقيل فِي قبة المنصور[2] أنه هُدم منها شيءٌ فلم يخرج إلا مكسرًا لالتصاق الجِص به، ولأنه إن لم يستعمله البنَّاء فِي الحال هلك، ولأنه إذا وقع بعضه جر بعضه بعضًا، وكان الطين أسلم من هذه الوجوه.

وإذا ثبت هذا، فإنه إذا كان له عقار لم يجز لوليه أن يبيعه؛ لأنا إذا أمرناه بشرائه وبنائه وجب أن نمنع من بيعه وإخراجه عن ملكه، فإذا كان كذلك لم يجز أن يبيعه إلا فِي موضعين:

أحدهما: أن يكون بالصغير حاجة إلىٰ ثمنه، لنفقته وكسوته، ولا يحصل من غلته ما يقيم به، فإنه يباع بقدر الحاجة؛ لأن المال إنما نحفظه لنفسه، فلا يجوزُ أن نضيع نفسه بحفظ المال.

والثاني: أن يكون فِي بيعه غِبطة، وهو أن يكون له مع رجل شركةٌ يبذل

---

(١) تعقب الماوردي في الحاوي الكبير (٥/ ٣٦٢) هذا القول فقال: وليس لهذا التحديد وجه صحيح لأن لكل قوم عرفًا، ولكل بلد عادة، فمن البلاد ما لا يستحكم البناء فيه إلا بالحجارة والنورة، ومنها بالآجر والجص، ومنها بالآجر والطين، ومنها باللبن والطين، ومنها بالخشب الوثيق.

(٢) ذكر طرفًا من أطرافها: الخطيب في تاريخ بغداد (١/ ٣٨٣/ بشار).

فيه أكثر من ثمنه، ليخلص الجميع لنفسه وتزول عنه الشركة، أو يكون له رَبْعة فِي ملك غيره يبذل له أكثر من ثمنها ليستوي ملكه ويزول تعويجه، فإذا كان كذلك باعه واشترىٰ له فِي موضع آخر أكبر منه بذلك الثمن.

وهكذا إذا قرب الماء منه وخيف الغرق، أو قرب منه موضع القتال فِي البلد بين طائفتين وخيف عليه الهدم والاحتراق، فإنه يبيعه أيضًا ويشتري له فِي موضع مأمون.

وإذا باع شيئًا من عقاره فإن كان البائع أبًا أو جدًّا جاز للحاكم إمضاؤه والإسجال به[١] وإن لم يثبت عنده أباعه للحاجة أو للغبطة؛ لأن الظاهر أن الأب والجد لا يتصرفان فِي العقار للصغير إلا علىٰ سبيل الاحتياط، لكمال شفقتهما وطلب الاحتياط له.

وإن كان الولي أمينًا، أو وصيًّا، أو حاكمًا فإنه لا يمضيه ولا يسجل به حتىٰ يثبت عنده أنه باعه للحاجة أو للغبطة؛ لأن التهمة تلحقهما فِي ذلك، وليس لهما من الشفقة وطلب الاحتياط ما للأب والجد، ولهذا نقول إنه لا يجوزُ لهما أن يبيعا من الصغير مالهما، ولا يشتريا لأنفسهما مال الصغير، ويجوز ذلك للأب والجد.

وعلىٰ هذا إذا بلغ الصغير وقد باع الأب أو الجد وادعىٰ أنه باعه من غير حاجة ولا غبطة كان القول قول الأب والجد، وإن كان وصيًّا أو أمينًا كان القولُ قولَ الصغير، ووجب علىٰ الوصي أو الأمين إقامة البينة عليه.

وإن ادعىٰ أنه أنفق عليه أو علىٰ العقار، قُبل من الأب والجد من غير بينة.

وهل يُقبل من الوصي والأمين؟ وجهان؛ **أحدهما**: يُقبل أيضًا - وهو

---

(١) يعني كتابته في السجلات.

الصحيح - **والثاني**: لا يُقبل كما لا يُقبل قولُهما[١] فِي البيع أنه للحاجة أو للغبطة إلا بالبينة، والأول أصح؛ لأنه إقامة للبينة علىٰ الإنفاق.

وأما القرضُ فإنه لا يجوزُ له؛ لأنه ليس فيه فضل ولا ربح، فلا يجوزُ أن يعدل عن التجارة أو الشراء للعقار أو البناء إلىٰ القرض.

فإن لم يمكن التجارة ولا الشراء ولا البناء فإنه يحفظ المال بنفسه ولا يقرضه ولا يودعه، فإن عرض له السفر وأمكنه القرض والإيداع، كان القرضُ أولىٰ لأنه مضمونٌ علىٰ المستقرض، والوديعة غير مضمونة.

وإن أودع ولم يقرض، قال بعض أصحابِنا: لا يضمن؛ لأن ذلك من طريق الأولىٰ والأفضل، فلا يتعلق به الضمان، وإن لم يجد من يقرضه أودعه، ولا يودعه إلا عند ثقة أمين، وكذلك إذا أقرضه فلا يقرضه إلا عند ثقة أمين مليء، والله أعلم.

• فصلٌ •

لا يصِحُّ بيع الصبي وشراؤه، سواء أذن فيه الوليُّ أو لم يأذن، وقال أبو حنيفة: إن كان بإذن الولي صح، وإن كان بغير إذنه وقف علىٰ إجازة الولي.

واحتج من نصر قوله بأنه يعقل معنىٰ ما يقوله، فجاز أن يصح بيعُه، أصله: البالغ[٢].

وأيضًا، فإنه مميز[٣] يتولىٰ عليه، فصح بيعُه بإذن وليه، أصله: العبد، فإنه يصحُّ بيعُه بإذن سيده.

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

(٢) في (ف، ق): «البائع» وهو تحريف.

(٣) هنا نهاية الجزء من مخطوط وزارة الأوقاف المصرية، ورمزه (ف)، وما سيأتي حتى باب ما لا يجوز السلم فيه من نسخة (ق) فقط.

وأيضًا، فإنه تصحُّ صلاتُه، فجاز أن تصح عقوده.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**رُفع القلم عن ثلاثةٍ: عن المجنونِ حتى يفيق، وعن الصبيِّ حتى يبلغ الحلم، وعن النائِم حتى يستيقظ**»[1] فرفعُ القلم عنه يقتضي بطلان تصرفه، ولا يكون مؤاخذًا به.

ومن القياس: أنه غير مكلف، فوجب أن لا يصِحَّ بيعه، أصله: المجنون.

فإن قيل: المعنىٰ فِي المجنون أنه لا يميز.

فالجوابُ: أن العلة هي عدم التكليف، يدلُّ علىٰ صحته: أنه إذا لم يأذن وليه لا يجوزُ بيعُه ولا يلزمُه وإن كان التمييز موجودًا، أو لأنه إذا كان قبل بلوغه بلحظة لا يجوزُ بيعه من غير إذن وليه، ويلزمه بعد بلوغه، ولم يختلف إلا بالتكليف، وأما التمييز، فهو واحد.

وأيضًا، قلت أنا: ما لا يجوزُ من الصبي بغير إذن وليه، لا يجوزُ بإذنه، أصله: الطلاق، والإقرار.

فإن قيل: الولي لا يملك الطلاق عليه بولايته، فلم يقفْ علىٰ إجازته، وليس كذلك البيع؛ فإنه يملك، فوقف علىٰ إجازته.

فالجوابُ: أن الصبيَّ لو كان ممن يصحُّ تصرفه لكان ما لا يملكه الولي بولايته يملكه الصبي، كما أن العبد لما كان ممن يصح تصرفه، كان ما لا يملكه السيد منه يملكه هو بنفسه، مثل الإقرار بالحدود والطلاق.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أنه مميز، فهو أنه ينتقض به إذا لم يأذن له الولي، ولأن هذا المعنىٰ لما لم يوجب جواز طلاقه وعتاقه وإقراره لم يوجب جواز بيعه وشرائه، علىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل أنه مكلف لم يقع عليه

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٣٩٨)، والترمذي (١٤٢٣)، والنسائي (٣٤٥٨).

حَجْرٌ من الحاكم.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على العبد، فهو أن العبد مكلف، ممن يصح تصرفه، وإنما لا يجوزُ بيعه لما فِي يده لأنه لا يملكه، وإنما هو ملك لمولاه، فإذا باعه بإذنه صح بيعه، وإذا باعه بغير إذنه لم يصح بيعه، كما إذا باع الحُرُّ مال غيره بغير إذنه لم يصح، وليس كذلك الصبي؛ فإنه مُنع من البيع لكونه غير مكلف، وهذه الصفة موجودة أذن له أو لم يؤذن، فلم يصح فِي الحالين.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من صحة العبادات، فهو أن المخالف يقول: لا تصح عباداته، فلا يصِحُّ الاحتجاج به، وأما علىٰ أصلنا فإنها تصح، ولكن لا يجوزُ أن يستدل بصحة العبادات علىٰ العقود، كما لا يجوزُ أن يستدل بها علىٰ صحة طلاقه وعتاقه وإقراره.

• فَصْلٌ •

فسر الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ قول الله تعالىٰ: ﴿ **وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ** ﴾ [النساء:٦] .

أما قوله: ﴿**وَٱبْتَلُواْ**﴾ معناه واختبروا، وقوله: ﴿**فَإِنْ ءَانَسْتُم**﴾ معناه: أبصرتم منهم رشدًا، من قوله تعالىٰ: ﴿**ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا**﴾ [القصص:٢٩] أي: أبصر.

وقوله: ﴿ **وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ** ﴾ معناه: لا تأكلوها خوفًا وحذرًا أن يبلغوا، فينتزع المال من أيديكم، وقوله: ﴿ **وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ** ﴾ أي: يعف عن مال اليتيم، ﴿**وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ**﴾

وهو إذا كان فقيرًا وكان[١] ذا نظر فِي مال اليتيم وحفظه واتجر فيه قطعه عن الكسب لنفسه، فإنه يأخذ منه لنفسه، قال الشافعي: أقل الأمرين من كفايته، أو أجرة مثله[٢].

وهل يجب قضاؤه؟ خرَّج فيه قولين؛ أحدهما: لا يجب؛ لأن الله تعالىٰ أمر بالأكل منه ولم يذكر القضاء، ولو كان واجبًا لكان يذكره، والثاني: يجب؛ لأنه أكل مال الغير للحاجة إليه، فوجب ردُّ بدله، كالمضطر إذا أكل مال غيره.

• فَصْلٌ •

قال الله تعالىٰ: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة:٢٢٠].

قال أبو العباس بن سُريج[٣]: كان سبب نزول هذه الآية أن الله تعالىٰ لما أنزل قوله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء:١٠] فردَّ أصحاب النبي ﷺ أموال اليتامىٰ وتجنبوها، فأنزل الله تعالىٰ: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾[٤] [البقرة:٢٢٠] أي ضيَّق وشدَّد عليكم، وأعنت فلانٌ فلانًا فِي السؤال إذا شدد عليه.

---

(١) في (ق): «كان».

(٢) بحر المذهب (٥/ ٧٨).

(٣) حكاه بحر المذهب (٥/ ٧٩).

(٤) أخرجه أحمد (٣٠٠٠) وأبو داود (٢٨٧١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

قال أبو العباس: إذا كان الخلطُ أصلحَ لليتيم، مثل أن يكون اليتيم يأكُلُ فِي الأسبوع مكوكًا من الدقيق، وإذا خُلط بمكوك للولي وخبز دفعتين، أكل اليتيم فِي جميع الأسبوع خبزًا لينًا، وإذا خبز دفعة واحدة لليتيم جف الخبز، وأكل فِي آخر الأسبوع خبزًا يابسًا، فإنه يخلطه، وإن كان الإفرادُ أوفر عليه وأصلحَ له أفرده، ويعمل فيه ما هو الأصلح لليتيم وهذا معنىٰ قوله: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِ﴾ والله الموفق للصواب.



باب مداينة العبد

◆ قال الشافعي رضي الله عنه: (وَإِذَا ادَّانَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ لَمْ يَلْزَمْهُ مَا كَانَ عَبْدًا وَمَتَى عَتَقَ اتُّبِعَ بِهِ)(١).

وهذا كما قال.. قوله: ادَّان العبد - بتشديد الدال: استدان - وهو أن يأخذ الدين، أو يشتري سلعة بدين، قال بعض شعراء العرب(٢):

أَنَــدَّانُ أَمْ نَعْتَــانُ أَمْ يَنْبَــرِي لَنَــا ... فَتًــى مِثْــلُ نَصْــلِ السَّــيْفِ هُــزَّتْ

وقوله: (أَنَدَّانُ) أي نستدين، وقوله: (أَمْ نَعْتَانُ) أي نشتري سلعة بثمن معلوم إلىٰ أجل معلوم، ثم نبيعها من بائعها بالنقد الذي اشتراها به، وهذا مأخوذٌ من العين، وهو النقد الحاضر، ويُسمىٰ هذا البيع عِينة، وفِي كلام عمر رضي الله عنه فِي أُسيفِع جُهينة: فادَّان معرضًا، فأصبح قد رِيْنَ به(٣).

فإذا ثبت هذا، فإن العبد إذا استدان فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يستدين بإذن سيده أو بغير إذنه(٤).

فإن كان بغير إذنه نُظر، فإن كان قد اشترىٰ بثمن فِي ذمته، فهل يصح

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٨).

(٢) ينظر: تهذيب اللغة (١٤/ ١٢٩) ولسان العرب (١٣/ ١٦٨)، والبيت ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (٥/ ٣٣٨) قال: وأنشدنيه أبو حامد الإسفراييني.

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٧٧٠) وابن أبي شيبة (٢٣٣٩٦) والبيهقي (١١٢٦٥) وفيه: كان رجل يغالي بالرواحل، ويسبق الحاج، حتىٰ أفلس، قال: فخطب عمر بن الخطاب فقال: أما بعد فإن الأسيفع أسيفع جهينة رضي من أمانته ودينه أن يقال: سبق الحاج، فادان معرضًا، فأصبح قد رين به، فمن كان له عليه شيء فليأتنا حتىٰ نقسم ماله بينهم.

(٤) سياتي البحث في ذلك مرة أخرىٰ (ج ١٠ ص ٢٨٠).

الشراء؟ اختلف أصحابُنا فيه؛ فمنهُم مَن قال لا يصِحُّ الشراء، وبه قال أبو سعيد الإصطخري[1]، ومنهم قال: يصح، وإليه ذهب أبو علي بن أبي هريرة[2].

فمن ذهب إلىٰ أنه لا يصح، احتج بأنه عقدُ معاوضة فوجب أن لا يصِحَّ من العبد بغير إذن سيده، أصله: إذا تزوج بصداق فِي ذمته من غير إذن سيده، فإنه باطل، فكذلك هاهنا.

وإذا قلنا يصح، فوجهه أن العبد رشيد، وإنما لا يجوزُ بيعُه لأنه لا يملك شيئًا، فإن كان كذلك صح شراؤه بثمن فِي ذمته، أصله: الحر المعسر.

وأما الجوابُ عن القياس على النكاح، فهو أن النكاح ينقِصُ قيمة العبد، ويتعلق المهر والنفقة بكسب العبد وفِي ذلك إضرارٌ بالسيد، وليس كذلك الشراء بثمن فِي ذمته، فإنه لا ضرر علىٰ سيده منه فكان صحيحًا.

فإذا ثبت هذا، قلنا إن الشراء صحيح، فإن كان المبيع قائمًا بعينه، كان للبائع فسخ البيع ورد المبيع إلىٰ ملكه، لأنه معسر بالثمن، ومن ثبت إعساره بالثمن كان للبائع فسخ البيع والرجوع بعين المبيع، كالحر المعسر يجوز للبائع فسخ البيع منه والرجوع بعين المال، فكذلك هاهنا، وإن كان تالفًا فقد استقر فِي ذمته، يتبعه إذا أعتق وأيسر.

وإذا قلنا إن الشراء فاسد، فإن كان باقيًا رد علىٰ البائع، وإن كان تالفًا كان قيمته فِي ذمته يتبعه إذا أعتق.

وأما إذا أخذه المولىٰ من يده، فإذا قلنا إن الشراء صحيح، استقر ملك المولىٰ عليه، ولا يكون للبائع أن ينتزعه من يد سيده، ويكون له الثمن فِي

---

(١) أبو سعيد: الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسىٰ بن الفضل الإصطخري.

(٢) الحسن بن الحسين بن أبي هريرة، أبو علي، انتهت إليه إمامة الشافعية في العراق.

ذمة العبد يتبعه إذا أيسر، وإنما قلنا هذا؛ لأنه فِي يد عبده بحق، فكان للسيد أخذه من يده كما إذا اصطاد صيدًا كان لسيده انتزاعُه من يده.

وإذا قلنا إن الشراء فاسد، فإن كان فِي يد المولىٰ باقيًا استرجعه منه، وإن كان تالفًا، كان مخيرًا بين أن يرجع علىٰ السيد بقيمته فِي الحال، وبين أن يرجع علىٰ العبد إذا أعتق، وإن كان قد استقرض، ففِي صحة القرض وجهان علىٰ ما بينتُه فِي الشراء فإذا قلنا يصح، كان للمقرض أن يرجع علىٰ العبد إن كان قائمًا.

وإن كان تالفًا، كان فِي ذمته مثله يتبعه إذا أعتق، وإن كان قد انتزعه المولىٰ من يده لم يكن له استرجاعه، ويكون بدله فِي ذمة العبد.

وإذا قلنا إن القرض فاسد، فإن كان قائمًا بعينه أخذه، وإن كان تالفًا، إن شاء رجع عليه بقيمته فِي الحال، وإن شاء رجع علىٰ العبد إذا أعتق.

وإن أذن لعبده فِي التجارة، فإن كان فِي يده مالٌ قضىٰ منه، وإن لم يكن فِي يده مالٌ فإنه يكون فِي ذمته يتبع به إذا أعتق، ولا يباع فيه.

وقال أبو حنيفة: يباع العبد فيه إذا طالبه الغرماء ببيعه.

واحتج من نصر قوله بأنه دينٌ تعلق بعبده بإذن مولاه، فوجب أن يباع فيه، أصله: إذا رهن عبده بدين عليه، ولأنه إذا أذن له فتزوج يستوفِي المهر والنفقة من كسبه، فيستوفِي فكاك رقبته، ولا يؤخر إلىٰ حال عتقه، فكذلك هاهنا.

وأيضًا، فإنه إذا جنىٰ علىٰ إنسان وأتلف ماله تعلق الأرشُ برقبته، ووجب بيعُه فيه عندكم، وكذلك هذا الرهن، ولا فرق بينهما.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه أنه دينٌ يثبت علىٰ العبد برضا من له الدين، فوجب أن لا يتعلق برقبته، أصله: إذا

استقرض بغير إذن سيده.

وأيضًا، فإن رقبته مالٌ للسيد، لم يأذن له فِي التصرف فيها، فوجب أن لا يتعلق بها الدَّيْن، أصله: سائر أموال السيد التي فِي يده.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على الرهن، فإن الدين يثبت بإذنه ويتعلق برقبته باختياره، وليس كذلك هاهنا؛ فإنه أذن له فِي التجارة دون المداينة، فلم يكن الدين بإذنه.

وأما الجوابُ عن النكاح، فهو أن الإذن فِي النكاح يتضمن الإذن فِي أداء المهر والنفقة؛ لأن ذلك لا بد منه، وأقرب ما يؤدي إليه من كسبه، وليس كذلك الدَّيْن فِي التجارة؛ لأنه يتعلق بالمال الذي يتناوله الإذن فِي التجارة، والإذنُ إنما تناول ما فِي يده من المال، أو ما يكسبه دون رقبته فلم يتعلق به، كما لا يتعلق بسائر ما فِي يد السيد من ماله.

وأما الجوابُ عن أرش الجناية، فهو أن عند المخالف لا يباع فيه، وإنما يسلَّمُ العبد إلىٰ المجني عليه، وأما علىٰ أصلنا فإنه يثبتُ بغير اختيار من عليه الدَّيْن، فلهذا يتعلق برقبته، وليس كذلك دين التجارة، فإنه يثبت برضا من له الدَّيْن، يدلُّ علىٰ صحة ذلك أنه إذا استقرض بغير إذن سيده لم يتعلق برقبته، وإنما يكون فِي ذمته يتبع بها إذا أعتق.

وإذا جنىٰ أو أتلف مال غيره بغير إذن سيده تعلق برقبته، فدل علىٰ الفرق بينهما.

هذا كلُّه فِي الدَّيْن الذي يثبت بغير إذن مولاه، فأما ما يثبت بإذن مولاه مثل المهر والنفقة إذا تزوج بإذن مولاه، فإنهما يتعلقان بكسبه.

فأما إذا أذن أن يضمن عن إنسان ما لا يضمنه، ففيه وجهان؛ أحدهما:

يتعلقُ بكسبه، ويكون بمنزلة المهر والنفقة، والثاني: يكونُ فِي ذمته، يتبع بها إذا أعتق؛ لأنه يثبت برضا من له الدين.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ مَا أَقَرَّ بِهِ مِنْ جِنَايَةٍ)[١].

وهذا كما قال.. جناية العبد لا تخلو من أحد أمرين؛ إما أن تثبت ببينة، أو بإقرار العبد.

فإن ثبت ببينة، فإن كانت الجناية توجب القصاصَ كان المجني عليه أو ولي المقتول بالخيار بين أن يقتص منه، وبين أن يعفو علىٰ مال، فإن اقتص منه فقد استوفىٰ حقه، وإن عفا علىٰ مال تعلق المالُ برقبة العبد ووجب بيعُه فيه، إلا أن يفديه المولىٰ علىٰ ما يجيءُ بيانه.

وإن كانت الجنايةُ عمدًا لا توجب القصاص وإنما توجب المال، وإن كانت الجناية[٢] خطأ توجب المالَ فإن المال يتعلق برقبته ويباع فيه علىٰ ما يجيء بيانه.

وإذا ثبتت الجناية بإقراره، فلا يخلو من أن تكون الجناية عمدًا توجب القصاص، أو جناية توجب المال.

فإن كانت الجناية توجب القصاص قُبِل إقرارُه فِي حق المولىٰ ويقتص منه، وبه قال أبو حنيفة ومالك[٣].

وقال زُفَر، و[أبو][٤] إبراهيم المزني، وداودُ، وابنُ جرير: لا يُقبل إقراره

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٨).

(٢) في (ق): «جناية».

(٣) بحر المذهب (٥/ ٨٤).

(٤) زيادة ضرورية.

فِي حق المولىٰ ولا يُقتص منه؛ لأنه إقرار بما يتلف حق المولىٰ فوجب أن لا يقبل إقراره فِي حقه، أصله: إذا أقر بجناية خطأ.

وهذا عندنا غيرُ صحيح؛ لأن ما يوجب القصاص أو الحد علىٰ العبد لا يقبل إقرار مولاه به عليه قبل إقرار العبد به، وكذلك الإقرار بصلاة أو صوم لما لم يقبل من المولىٰ عليه، قبل من العبد علىٰ نفسه، وأيضًا، فإن العبد غير متهم فِي هذا الإقرار؛ لأن العاقل لا يتلف نفسه ولا يقطع عضوًا من أعضائه ليضر سيده، فالتهمة منفية عنه فِي هذا الإقرار، فوجب أن يكون مقبولًا.

وأما الجوابُ عن الإقرار بما يوجب المال، فهو أنه إنما لا يقبل فِي حق المولىٰ؛ لأن إقرار الولي مقبول بذلك علىٰ العبد، وما قبل إقرار المولىٰ به علىٰ العبد، لم يقبل إقرار العبد به فِي حق سيده، ألا ترىٰ أن المولىٰ لو قال: «هذا العبد بعتُه من فلان»؛ صح إقراره، ولو قال العبد: «أنا لفلان باعني منه» لم يقبل إقراره بذلك علىٰ مولاه، وليس كذلك ما يوجب القصاص والحد، فإنه لا يقبل إقرار مولاه عليه، فقبل إقراره به علىٰ نفسه كالإقرار بالطلاق، والعتاق، والإقرار بالزنا.

والجوابُ الثاني: أن المعنىٰ فِي الإقرار بجناية توجب المال أنه متهم علىٰ مولاه فيه؛ لأن العبد قد يختار أن ينتقل من مالك إلىٰ مالك، وإذا كان متهمًا فيه لم يقبل إقراره فِي حقه، كما نقول إن المرأة إذا أقرت بأنها أختُ زوجها من الرضاعة لم يُقبل إقرارها فِي حقه؛ لأنها قد تختار التخلص من زوج والانتقال إلىٰ غيره، وإن أقرت بأنها قتلتْ رجلًا أو امرأة قتلَ عمدٍ يوجب القصاص قبل إقرارها؛ ولأنها غير متهمة فيه، وإن أدىٰ ذلك إلىٰ إتلاف حق زوجها، فكذلك هاهنا.

فإذا ثبت هذا، فإن المجني عليه، أو الولي بالخيار بين أن يقتص منه،

وبين أن يعفو علىٰ مال، فإن اقتص منه فقد استوفىٰ حقه، وإن عفا علىٰ مال تعلق المال برقبته، فإن سلم مولاه للبيع بيع، فإن كان الثمن قدر الأرش سلم إلىٰ المجني عليه، وإن كان أقل فلا يجب علىٰ سيده غيره، وإن كان أكثر سلم الفاضل إلىٰ المولىٰ، فإن كان السيد امتنع من تسليمه للبيع، وأراد أن يفديه، ففيه قولان؛ أحدهما: يفديه بأقل من قيمته، أو أرش جنايته - وهو الصحيح - والثاني: بجميع الأرش، أو يسلمه للبيع.

هذا كلُّه إذا أقر بجناية توجب القصاص، فأما إذا أقر بجناية توجب المال، مثل أن يقر بجناية العمد التي لا توجب القصاص، أو بعمد الخطأ، أو بالخطأ المحض، فإنا قد قلنا فيما مضىٰ إن إقرار العبد لا يُقبل بذلك فِي حقِّ المولىٰ، وبينا وجه ذلك، فإذا ثبت هذا، فإنه يثبتُ فِي حق العبد، ويكون فِي ذمته، إذا أعتق يتبع به.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ بِسَرِقَةٍ مِنْ حِرْزِهَا يُقْطَعُ فِي مِثْلِهَا قَطَعْنَاهُ، وَإِذَا صَارَ حُرًّا أَغْرَمْنَاهُ)[1].

وهذا كما قال.. إذا أقرَّ العبدُ بسرقة مال فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون مما يوجبُ القطع، أو لا يوجبه.

فإن كان مما لا يوجبُ القطع لم يُقبل إقراره فِي حق السيد، ويُقبل فِي حق نفسه، فيكون المالُ فِي ذمته يتبع به إذا أعتق.

وإن كان يوجب القطع قُبل إقراره فِي القطع قولًا واحدًا وقُطِعت يده؛ لأن ذلك لا يُقبل إقرار سيده به عليه، فقبل إقراره علىٰ نفسه، ولأنه غير متهم

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٨).

فيما يوجب قطع يده، فوجب أن يُقبل إقراره.

وأما المال فإنه ينظر فيه، فإن كان تالفًا فهل يُقبل إقراره به فِي حق المولىٰ؟ علىٰ قولين:

أحدهما: يُقبل إقراره؛ لأنه إذا قُبل فِي القطع قُبل فيما يتعلق به من المال، ألا ترىٰ أنه إذا قُبل إقراره بالقصاص جاز العفو علىٰ مال ووجب بيعه فيه، فكذلك هاهنا.

والقول الثاني: لا يُقبل إقراره بالمال - وهو الصحيح - **لأنه أقر بما** يوجب القطع والمال، فقُبل إقراره علىٰ مولاه فِي القطع ولم يُقبل فِي المال، أصله: إذا قال «قطعتُ يد فلان، وأتلفتُ ماله» قُبل إقراره فِي القطع الموجب للقصاص، ولم يُقبل فِي المال، فكذلك هاهنا.

وأما الجوابُ عما قلناه من القصاص للقول الآخر، فهو الذي يثبت بالإقرار هو القَوَدُ، والمالُ يثبت باختيار الولي وبتعذر القصاص، فلهذا يثبت بإقرار العبد، وليس كذلك هاهنا؛ فإن المال يثبت بالإقرار كما يثبت القطع، وكلٌّ واحد منهما حقٌّ مقصود فِي نفسه، فلم يجز أن يثبت ما يوجب المال بإقرار العبد فِي حق مولاه، ولهذا نقول إنه إذا شهد رجلٌ وامرأتان بالسرقة، ثبت المالُ ولم يثبت القطع، وإذا شهد رجلٌ وامرأتان بالقتل العمد لم نحكم بالشهادة، ولم يثبت القصاص ولا المال، فدل علىٰ الفرق بينهما.

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا لا يُقبل إقراره ثبت إقراره فِي ذمته، يتبع به إذا أعتق، وإذا قلنا يُقبل إقراره تعلق المال برقبته، فإن سلمه مولاه للبيع، وجب بيعه فيه، علىٰ ما تقدم بيانُه فِي المسألة التي قبلها، وإن أراد أن يفديه، ففيه قولان، كما ذكرناه.

هذا إذا كان المال تالفًا، فأما إذا كان المال باقيًا، فلا يخلو إما أن يكون

فِي يد المولىٰ، أو فِي يد العبد.

فإن كان فِي يد المولىٰ لم يُقبل إقراره علىٰ المولىٰ فيه قولًا واحدًا، ويكون ذلك بمنزلة رجل أقر بأنه سرق من فلان المالَ الذي فِي يد فلان، فلا يُقبل إقراره علىٰ الذي فِي يده المال، ويجب عليه القطع بإقراره.

وإن كان فِي يد العبد فقد اختلف أصحابُنا فيه:

فمنهُم مَن قال فيه قولان، كما إذا كان تالفًا، وإليه ذهب أبو العباس بن سُريج(١)، لأنه لا فرق بين أن يقر بما يوجب تسليم ما فِي يده، وبين أن يقر بما يوجب إنقاص قيمته.

ومنهم قال: لا يُقبل إقراره فِي العين قولًا واحدًا؛ لأن ما فِي يده بمنزلة ما فِي يد مولاه؛ لأن يده يد مولاه، فإذا لم يُقبل إقراره فيما فِي يد مولاه، فكذلك لا يقبل فيما فِي يديه، ولأن هذا يؤدي إلىٰ أن يقبل إقراره فيما يزيد علىٰ قيمته، وهذا لا يجوز، فإذا كان كذلك لم يجز أن يقبل إقراره فِي العين التي فِي يده، وقد تكون قيمة العين أضعاف قيمته، والله الموفق للصواب.



(١) بحر المذهب (٥/ ٨٦).

باب
بيع الكلاب وغيرها من الحيوان غير المأكول

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ أَبِي بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنْ أَبِي مَسْعُودٍ الْأَنْصَارِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنّ رسُول الله ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَمَهْرِ الْبغِيِّ وحُلْوانِ الْكاهِنِ)[1] إلى آخره.

وهذا كما قال.. لا يجوزُ بيعُ الكلب، ولا يجب علىٰ قاتله قيمتُه، سواء كان معلَّمًا، أو غير معلَّم، وبه قال الحسن البصري، وربيعة، وحماد بن أبي سليمان، وأحمد بن حنبل، وداود، وقال أبو حنيفة: يجوزُ بيعُه، ويحل ثمنه، ومن أتلفه لزمته قيمتُه، وبه قال مالك، إلا أنه يكره بيعه، فإن باعه صحَّ البيع، ووجب الثمن، وإن أتلفه متلِفٌ لزمته قيمتُه.

واحتج من نصر قولهما بقول الله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله عز وجل: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩] فعم ولم يخص.

وأيضًا، روي عن [أبي][2] الزبير، عن جابر عن النبيِّ ﷺ أنه نهىٰ عن ثمن الكلب والسِّنور، إلا كلب صيد[3]، وهذا نصٌّ في جواز بيع كلب الصيد.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٨).
(٢) زيادة ضرورية.
(٣) أخرجه النسائي (٤٢٩٥).

ومن القياس: أنها بهيمة يجوز الانتفاع بها فِي غير حال ضرورة، فجاز بيعها، أصله: سائر البهائم.

وأيضًا، فإنها بهيمة تصح الوصية بها، فجاز بيعها، أصله: سائر البهائم، ولأنه يجوز الانتفاع به، وليس فِي المنع من بيعه حقٌّ لآدمي ولا هو جارٍ مجرىٰ المنافع فأشبه الحمار، وفيه احترازٌ من بيع أم الولد، والحر، والرهن، فإن فِي المنع من بيعه حقًّا لآدمي، وفيه احترازٌ من بيع لبن الآدمية، فإنه يجري مجرىٰ المنافع؛ لأنه يستباح بعقد الإجارة.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روىٰ الشافعي[1] بإسنادِهِ عن أبي مسعود البدري الأنصاري ﵁ عن النبيِّ ﷺ أنه نَهَىٰ عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحُلوان الكاهن .. والنهيُ يدلُّ علىٰ فساد المنهي عنه.

وأيضًا، ما روىٰ أبو داود فِي سننه[2] عن عبد الله بن عباس ﵄ أنه قال: نهىٰ رسولُ الله ﷺ عن ثمن الكلب، **فإن جاء يطلبُ ثمنَ الكلب فاملأْ كفَّه ترابًا**[3]، وهذا نص.

وأيضًا، روىٰ أبو داود[4] بإسناده عن أبي هريرة ﵁ أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا يحِلُّ ثمنُ الكلبِ، ولا حُلوانُ الكاهِنِ، ولا مهرُ البغي**»، وهذا أيضًا نص.

ومن القياس: أنه حيوانٌ نجسٌ فِي حال حياته، فوجب أن لا يجوزُ بيعه، أصله: الخنزير.

---

(١) مسند الشافعي (١٤٦٤- ١٤٦٥).

(٢) سنن أبي داود (٣٤٨٢).

(٣) يريد أن الكلب لا ثمن له، فضرب له المثل بالتراب الذي لا قيمة له.

(٤) سنن أبي داود (٣٤٨٤).

وفيه احترازٌ من بيع شاة وقعت فِي بول وماء نجس، فإنه يجوز بيعُها؛ لأنها ليست نجسة، وإنما جاورتها النجاسة.

وقولُنا: (حيوان نجس) يقتضي نجاسة عينه، وإن شئتَ احترزتَ فقلت: نجسُ العين، فلا يجوزُ بيعه، قياسًا علىٰ الخنزير، وعلىٰ جلود الميتة، ولحم الميتة، والخمر، وجميع ما كان نجس العين.

فإن قال المخالف: نجاسة الكلب عندنا نجاسة المجاورة.

فالجوابُ: أنا نريد بقولنا (نجس العين) ما حكم بنجاسته من غير مجاورة النجاسة إياه، وهذا لا ينكره المخالف، فسقط السؤال.

وأيضًا، فإن الكلب حيوانٌ يغسل الإناء من ولوغه، فوجب أن لا يجوزَ بيعُه، قياسًا علىٰ الخنزير.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من قول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة:٢٧٥]، وقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩]؛ فإنه مخصوصٌ بما ذكرناه من الأخبار الخاصة.

وأما الجوابُ عن حديثِ جابر، فإن أبا الحسن الدارقطني رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: الصحيحُ منه من قولُ جابر بن عبد الله موقوفًا عليه، ولا يصِحُّ مسندًا[1]، وقال: الموقوفُ عليه يرويه سويد بن عمرو، عن حماد بن سلمة، عن أبي الزبير، عن جابر أنه قال ذلك، وإن كان هكذا لا يصِحُّ الاحتجاج[2].

وجوابٌ آخر، وهو أن هذا الخبر مشترك الدليل؛ لأنا نستدل بالنهي وهو قوله «عن ثمن الكلب» علىٰ أن بيع غير المعلَّم لا يجوز، وإذا ثبت هذا بطل مذهب المخالف؛ لأن عنده لا فرق بين المعلَّم وبين غيره فِي جواز بيعه.

---

(١) سنن الدارقطني (٣٠٦٩).

(٢) ينظر: الأباطيل والمناكير (٥١٢) والعلل المتناهية (٩٨٠).

وجوابٌ آخر، وهو أن قوله ﷺ: «إلا كلب صيد»، كما قال الله تعالىٰ: ﴿لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَيْكُمْ حُجَّةٌ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ﴾ [البقرة:١٥٠]، والمراد: ولا الذين ظلموا.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على سائر البهائم بعلة جواز الانتفاع بها، فهو أن نجاسة العين تمنع من جواز البيع وإن كان معها جواز الانتفاع، ألا ترىٰ أنه لا يجوزُ بيع جلود الميتة ولحومها وإن كان الانتفاع بجلودها جائزًا، فإنه يدبغها وينتفع بها، وينتفع بلحوم الميتة فِي إطعام بُزاتِهِ وصقورِهِ[١].

وجوابٌ آخر، وهو أنه يجوز الانتفاع بالحر وأم الولد، ولا يجوزُ بيعهما؛ لأن حقَّ الحرية يمنع من جواز البيع وإن صادف جواز الانتفاع، وكذلك نجاسة العين تمنع من جواز البيع وإن صادفت جواز الانتفاع.

وجوابٌ آخر، وهو أنه منتقضٌ ببيع دود القز، وبيع النحل؛ فإنه لا يجوزُ بيعها عند المخالف، وكل واحد منهما بهيمة يجوز الانتفاع بها.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من جواز الوصية بها، فهو أنه منتقضٌ بما ذكرته فِي النحل ودود القز.

وجوابٌ آخر، وهو أن[٢] الوصية بما لا يجوزُ بيعه تجوز[٣]، فإن الوصية بالحمل تجوز، وبالمجهول، وبما لم يُخلق من ثمرة بستانه، فلم يجز أن يستدل بجواز الوصية علىٰ جواز البيع، والله الموفق للصواب.

هذا الكلام فِي البيع، فأما إجارةُ الكلبِ، فقد اختلف أصحابُنا فيه، فمنهُم مَن قال: لا تجوز إجارتُه - وهو الصحيح - ومِن أصحابِنا مَن قال: تجوز

---

(١) في (ق): «صقورته».

(٢) في (ق): «أنه».

(٣) زيادة ضرورية.

إجارتُه، وإليه ذهب أبو العباس بن القاص فِي «التلخيص»، ووجهه أنها منفعة مباحة، فجاز إجارتُها كسائر المنافع، ولأنه يجوز الانتفاع به مع[1] بقاء عينه، فجاز إجارته، قياسًا علىٰ سائر الأشياء التي تجوز إجارتها.

وإذا قلنا لا يجوز، فوجهه أنه لا قيمة لمنفعته؛ لأنه لا قيمة لعينه، ولا بدل علىٰ متلفه علىٰ مذهب الشافعي فوجب أن لا يكون لمنفعته قيمة، أصله: الخنزير، وجلود الميتة.

قلت أنا: مالُ الرجل إنما لم يكن له قيمة فِي حقه؛ لأنه إذا أتلفه لم تجب عليه قيمتُه، فكذلك منفعته لا قيمة لها فِي حقه.

وقال بعض أصحابِنا: إذا غصب كلبًا واصطاد به لم يجب عليه أجرة المثل، فدل هذا علىٰ أنه لا قيمة لمنفعته، وغلط فيه؛ لأن من يجيز إجارته يقول: تجب أجرة المثل، ومن جهل ذلك فلا عذر له، ولأنه لا قيمة لعينه فلم تجز إجارته، أصله: ما لا قيمة له من الحشرات.

فإن قيل: الحشراتُ لا منفعة فيها، والكلب فيه منفعة.

قيل له: منفعة الكلب لا قيمة لها، ولا فرق بين أن يكون له منفعة، وبين أن يكون له منفعة[2] ولا قيمة لها، ألا ترىٰ أن ضِراب الفحل لا تجوز إجارته، وجلود الميتة.

وأما الجوابُ عما احتج به من أنها منفعة مباحة، فإن ذلك ينتقض بضِراب الفحل؛ فإنه لا تجوز إجارته وهي منفعة مباحة، علىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل: أن المنفعة لها قيمة، وليس كذلك منفعة الكلب[3] فإنها لا قيمة لها، بدلالة

---

(١) في (ق): «من».

(٢) في (ق): «لا يكون منفعة»!

(٣) زيادة ضرورية.

أن عينه لا قيمة لها.

وقال أبو العباس فِي «التلخيص»[١]: «تصح هبته»، وعندي لا تصح هبتُه؛ لأن الهبة نقل الملك فِي العين، وهذه العين غير[٢] مملوكة، ولعل أبا العباس أراد به تصح الهبة علىٰ الوجه الذي تصح الوصية به، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلا يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ إِلَّا لِصَاحِبِ صَيْدٍ أَوْ حَرْثٍ أَوْ مَاشِيَةٍ أَوْ مَا كَانَ فِي مَعْنَاهُمْ)[٣].

وهذا كما قال.. قد مضىٰ الكلامُ فِي بيع الكلب، وفِي إجارته، فأما فِي اقتنائه، فهو أن الشافعيَّ قد نص علىٰ أن الاقتناء يجوز للصيد، وحفظ الماشية[٤]، وحفظ الزرع[٥]، وهذه الثلاثة لا خلاف فيها.

واختلف أصحابُنا فِي جواز اقتنائها لحفظ البيوت، فمنهُم مَن قال: يجوز - وهو الصحيح عندي - لأن الشافعي قد قال[٦]: «أو ما كان فِي معناهم»، وحفظ البيوت فِي معنىٰ حفظ الماشية والزرع، ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يجوز[٧]؛ لأن السُّنة قد خصت هذه الثلاثة، فروىٰ أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن

(١) «التلخيص» (ص ٣١٠) قال: ونهىٰ عن ثمن الكلب فلا يجوز تثمينه ولا تقويمه، وتجوز هبته والوصية به وإجارته.. وحكاه حلية العلماء (٤/ ٦٠) ونقل كلام المصنف ههنا في عدم تصحيحه، والبيان (٥/ ٥١)، وبحر المذهب (٥/ ٩١).

(٢) زيادة ضرورية.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٨).

(٤) وفي معناه: أصحاب الشجر والنخل والكرم.

(٥) وفي معناه: أصحاب الخيل والبغال والحمير، وذلك لحفظها من صغار السباع.

(٦) الأم (٣/ ١٢).

(٧) وهو اختيار القاضي أبي حامد كما في بحر المذهب (٥/ ٨٩).

عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**من اتخذ كلبًا إلا كلبَ ماشيةٍ، أو صيد، أو زرع؛ انتقص من أجره كل يوم قيراطٌ**»(١)، فدل هذا علىٰ أن اتخاذها لغير هذه الثلاثة لا يجوز؛ لأن ما ينتقص الأجر، فهو معصية.. وإذا قلنا: يجوز اقتناؤه لذلك - وهو المذهب - فوجهه أنه اقتناءٌ للكلب(٢) لحراسة المال، فأشبه اقتناءه للماشية والزرع.

وأما الجوابُ عن الخبر، فهو أن ما كان فِي معنىٰ المنصوص عليه فهو بمنزلة المنصوص.

فرع

إذا كان رجلٌ ليس بصاحب صيد ولا حرث ولا ماشية، فأمسكه ليحفظ له حرثًا أو ماشية إن حصل له، أو احتاج إلىٰ صيد، فقد قال أبو إسحاق فِي «الشرح»: اختلف أصحابُنا فيه، فمنهُم مَن قال: لا يجوزُ للخبر، فإنه ليس بصاحب صيد، ولا ماشية، ولا زرع، ومنهم قال: يجوز، ألا ترىٰ أنه إذا حصد الزرع جاز له اقتناؤه للزرع.

فرع

وفِي تربية الجرو كذلك، قال أصحابنا: فيه وجهان؛ لأن ذلك اقتناء للمستقبل، وليس فِي معنىٰ من المعاني الثلاثة المذكورة، وهذا ليس بصحيح؛ فإن التربية تجوز؛ لأنه لا يكون مُعلَّمًا إلا هكذا(٣)، والله أعلم.

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٧٥).

(٢) في (ق): «أن اقتناء الكلب».

(٣) قال بحر المذهب (٥/ ٩٠): وهو الأصح.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِمَّا فِيهِ مَنْفَعَةٌ فِي حَيَاتِهِ بِيعَ وَحَلَّ ثَمَنُهُ وَقِيمَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يُؤْكَلُ)(١).

وهذا كما قال.. ذكر الشافعي ما يجوز بيعه جملة، فقال: كل حيوان سوى الكلب والخنزير فيه منفعة فِي حياته يجوز بيعه، وجملتُهُ: أن الأشياء على ضربين: حيوان، وغير حيوان، فأما الحيوان فعلى ضربين؛ آدمي، وبهيمة، فأما الآدمي فعلى ضربين؛ حر، ومملوك.

فأما الحر فلا يجوزُ بيعه، ولا يحل ثمنه، والدليلُ عليه ما روى أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**قال الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم، ومن كنت خصمه خصمته: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًّا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى ولم يوفه**»(٢)، ولأن الحر ليس بمملوك فِي نفسه فلا يقبل البيع، ولأن البيعَ إزالةُ ملك بعوض، وما لا ملك فيه لا تصح إزالته وجعل العوض فِي مقابلته.

وأما المملوك؛ فعلى ضربين: موقوف وغير موقوف.

فأما الموقوف، فإنه لا يجوزُ بيعه؛ لأن النبيَّ ﷺ قال لعمر بن الخطاب: «**احبس الأصل وسبِّل الثمرة**»(٣) وهذا يدلُّ على أن الأصل يصير محبَّسًا، ولأن الوقف فِي معنى العتق عند الشافعي.

وأما ما ليس بموقوف فعلى ضربين؛ ضربٌ لم يثبت له سبب العتق،

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ١٨٨).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٢٧).

(٣) أخرجه الحميدي في مسنده (٦٦٧)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٦٦١) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

وضربٌ يثبت له سبب العتق.

فأما ما لم يثبت له سبب العتق فإن بيعه جائز، وأما من يثبت سبب عتقه فعلىٰ ضربين؛ ضرب لم يستقر، وضرب قد استقر.

فأما من لم يستقر، فإنه يجوز بيعه، مثل المُدَبَّر؛ فإنه يبطل بالرجوع عنه، ومثل المعتق بالصفة؛ فإنه يبطل بموت المولىٰ.

وأما من استقر سبب عتقه فمثل أم الولد، وولدها من غير سيدها، فلا يجوزُ بيعهما بحال.

وكذلك المكاتب لا يجوزُ بيعه؛ لأن سبب عتقه مستقر، فإنه لا يبطل بمعنىٰ من سيده من الرجوع والموت، وقال فِي القديم يجوز، وهذا ليس بشيء.

وأما البهيمة فعلىٰ ضربين؛ نجس، وطاهر، فأما النجس فعلىٰ ضربين أحدهما: نجس بالمجاورة، والثاني: نجس العين.

فإن كان نجسًا بالمجاورة نُظِر فيه، فإن كان ما جاوره من النجاسة يمنع من النظر إليه لم يجز بيعه، وإن كان لا يمنع النظر إليه جاز بيعه.

وإن كان نجس العين مثل الكلب والخنزير، وما تولد منهما، أو من أحدهما، فإن حكم الكلب قد بينتُه.

وأما حكم الخنزير، فهو أنه لا يجوزُ بيعه، ولا إجارته، ولا يجوزُ الانتفاع به، ولا اقتناؤه بحال.

وأما الطاهر فعلىٰ ضربين؛ ضربٌ ينتفع به، وضربٌ لا ينتفع به.

فأما ما ينتفع به مثل النعم، والصيود، وسائر ما يؤكل لحمه من الطيور، وما لا يؤكل لحمه مثل النمر والفهد إن كان يمكن تعليمه والاصطياد به، والنسور، ومثل الحمار، والبغل، والفيل، وجوارح الطيور مثل البزاة،

والصقور، والشواهين ينتفع بها، ومن ذلك دود القز والنحل فإنه يجوز بيعها عندنا، وقد بينتُ ذلك فِي ما مضىٰ.

وإن كان مما لا ينتفع به فلا يجوزُ بيعه، وذلك مثل الذئب، والأسد، وسائر الحشرات مثل الحيات، والعقارب، والفأر، والخنافس، والجعلان، والحدأة، والنسر، والرخمة، وبغاث الطير.

وأما الغراب الأبقع فإنه لا يجوزُ بيعه، وكذلك السود الكبار منها، وأما السود الصغار منها فعلىٰ وجهين.

فإن قيل الذئب والأسد يمكنُ ذبحُهما ودبغُ جلدهما والانتفاعُ به، والانتفاعُ بلحومهما بأن يطعم بزاته، وصقوره، وكلابه.

فالجوابُ: أن ذلك لا يوجب جواز البيع؛ لأن جلود الميتة ولحومها لا يجوزُ بيعها لهذا المعنىٰ، فكيف يجوز بيع الحيوان لذلك؟

وأما غير الحيوان فعلىٰ ضربين نجسٌ، وطاهرٌ، فأما النجس فعلىٰ ضربين نجسُ العين، ونجسُ بالمجاورة.

فأما النجسُ العين، فلا يجوزُ بيعه، كجلود الميتة قبل الدباغ، وصوف الميتة، وشعرها، ولحمها، وعظمها، ومثل الخمر، والدم، والبول، والعذرة، والسِّرجين، ولبن ما لا يؤكل لحمه من البهائم.

وأما النجسُ بالمجاورة، فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون جامدًا، أو مائعًا.

فإن كان جامدًا فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن تكون النجاسة التي جاورته ثخينة أو رقيقة، فإن كانت ثخينةً تمنع من النظر إليه فلا يجوزُ بيعه، وإن كانت رقيقة لا تمنع من النظر إليه جاز بيعه.

وإن كان مائعًا فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون مما لا يطهر

بالغسل، أو يكون مما يطهر بالغسل.

فإن كان مما لا يطهر بالغسل مثل السمن فلا يجوزُ بيعُه قولًا واحدًا، وإن كان مما يطهر بالغسل مثل الماء، فإن الماء النجس إذا كوثر بالماء المطهِّر فإنه يطهر، ذكره أبو العباس بن سريج.

وعلىٰ ذلك هل يجوز بيعه؟ فيه وجهان.

وأما الزيت إذا غُسل، فإن أبا إسحاق المروزي قال: الزيتُ النجسُ يمكن غسلُه بالماء وتنظيفُه، وهكذا ذكره أبو العباس بن سريج.

وعلىٰ ذلك هل يجوز بيعه[١]؟ وجهان:

أحدهما: لا يجوزُ بيعه[٢]، وإليه ذهب أبو إسحاق، وقال: كما لا يجوزُ بيع جلد الميتة وإن تطهيره بالدباغ، وهو الصحيح.

والوجه الثاني: يجوز، كما يجوز بيعُ ثوبٍ نجس، وعبدٍ نجس، وهذا الوجه تخريج[٣] باطل يخالفٌ نص الشافعي.

وقال أبو علي فِي «الإفصاح»: مِن أصحابِنا مَن قال: لا يصِحُّ غسله كالسمن؛ لأن الشافعي نص علىٰ أن بيعه لا يجوز، ولو كان يصح غسله لوجب أن يجوزَ بيعه، كالثوب النجس؛ فإن الطاهر إذا جاورته نجاسة[٤] لا تمنع من بيعه إذا أمكن غسله وتطهيره[٥].

وأما الطاهر الذي فيه منفعة فإنه يجوز بيعه؛ لأن الذي يمنع من بيعه هو

---

(١) في (ق): «بيعهما».

(٢) في (ق): «بيعهما».

(٣) في (ق): «يخرج».

(٤) زيادة ضرورية.

(٥) يعني لإزالة النجاسة منه كما سيأتي.

نجاسته، وعدم المنفعة، وعدم الملك، وهذا مملوكٌ طاهر يُنتفع به فجاز بيعه، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا فيما مضى أن بيع السِّرجين لا يجوز. وقال أبو حنيفة: يجوز، واحتج من نصر قوله بأن أهل الأمصار فِي جميع الأعصار اتفقوا علىٰ جواز بيع ذلك وشرائه لزروعهم وتنانيرهم، ولا ينكر عليهم فِي ذلك مُنكِر، ولا يخالفه مخالف، فوجب أن يكون إجماعًا منهم.

ومن القياس: أنها عينٌ يجوز الانتفاع بها، فوجب أن يجوزَ بيعُها، أصله: سائر الأموال.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**إن الله تعالى إذا حرَّم شيئًا، حرَّم ثمنه**»[1]، وهذا محرمُ الأكل بالإجماع، فوجب أن يكون بيعه محرمًا لظاهر هذا الخبر، وعمومه.

ومن القياس: أنه نجس العين، فوجب أن لا يصِحَّ بيعه، أصله: الخمر، والدم، والبول، ولحم الخنزير، والميتة، وجلدها.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أنه لا يجوزُ الانتفاع به، وليس كذلك السرجين؛ لأنه يجوزُ[2] الانتفاع به.

فالجوابُ: أن هذا يُنتقض علىٰ أصل المخالف بالحُر وأم الولد ولبن الآدميات ورِباع مكة، فإن كلَّ هذا يجوزُ الانتفاع به ولا يجوزُ بيعُه.

والجوابُ الثاني: أن الانتفاع بالدم جائز فِي أصول الشجر، والكرم؛ فإنه

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤٩٣٨)، والدارقطني في السنن (٢٨١٥).

(٢) في (ق): «لا يجوز» وهو غلط.

يقويها ويزكي ثمرتها، وكذلك لحم الميتة يطعم بزاته، وصقوره[1]، ومع ذلك فلا يجوزُ بيعه، فإذا كان كذلك لم يصح الفرق بين الأصل والفرع، وكذلك ما ذكروه أيضًا منتقضٌ.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من إجماع أهل الأعصار، فهو أنَّا نقولُ: لا ينعقد الإجماع بفعل قوم إن كان هناك من أهل العلم من يقول لا يجوزُ فعله، وأصحاب الشافعي علىٰ كثرتِهم فِي جميع بلاد الإسلام يقولون إن ذلك لا يجوزُ فعله، فلم يجز دعوىٰ الإجماع فيه، علىٰ أن ذلك ينتقض بالعذرة؛ فإن الناس يشترونها لزروعهم وكرومهم، وجلد الكلب يشترىٰ للدبغ.

وجوابٌ آخر، وهو أن عند المخالف لا يجوزُ أخذ الأجرة علىٰ تعليم القرآن، والأدب، والشعر، وغير ذلك، والناس فِي كل عصر من أعصار المسلمين يفعلون ذلك، وكلُّ جوابٍ لهم عن ذلك، فهو جوابُنا عما ألزمونا.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على سائر الأموال، فهو أنه منتقضٌ بما ذكرناه من التفويض، وعلىٰ أن المعنىٰ فِي الأصل: أنه طاهرٌ منتفعٌ به، وهذا نجسُ العين، ونجاسةُ العين تمنع من الملك وقبول البيع.

فإذا ثبت أن بيعه لا يجوز، فإن استعماله فِي الأرض وتقوية الزرع به والبقل جائز، ولا يحرم أكلُ البقل الذي رُبِّي به، ولا يكره أكلُه، ويخالف الجلالة؛ لأن بالناس حاجةً إلىٰ تقوية الزرع به، ولا حاجة بهم إلىٰ تربية الحيوان بعلف نجس.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا فيما مضى من الجملة أن بيعَ الخمْرِ لا يجوز. وقال أبو حنيفة:

---

(١) في (ق): «صقورته».

يجوز أن يوكِّل ذميًّا فِي بيعها، وشرائها، وهذا موضعه كتاب الوكالة.

والأصلُ فِي تحريم بيع الخمر ما روي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها قالت: إن النبي ﷺ حرم التجارة فِي الخمر[1]، وهذا نص.

وأيضًا، روىٰ ابنُ عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رجلًا أهدىٰ إلىٰ رسول الله ﷺ راوية خمر، فقال له رسول الله ﷺ: «**هل علمتَ أن الله حرَّمها**»؟ قال: لا، فقال: فسارَّ إنسانًا، فقال له: «**بم سارَرْتَه**»؟ فقال: أمرتُه أن يبيعها، فقال: «**إن الذي حرَّم شربها، حرَّم ثمنها**». قال: ففتح المزادة حتىٰ ذهب ما فيها[2].

وأيضًا، روىٰ ابنُ عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن رسول الله ﷺ أتاه جبريل عليه السلام فقال: «**يا محمد إن الله لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليها، وشاربها، وبائعها، وبيعها، وساقيها**»[3].

وروىٰ ابنُ عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبيَّ ﷺ لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها وشاربها، وساقيها، وحاملها، والمحمولة إليه، وبائعها، ومشتريها، وآكل ثمنها[4].

وأيضًا، روي عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح وهو بمكة يقول: «**إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام**»، فقيل: يا رسول الله، أفرأيت شحوم الميتة فإنه تطلىٰ بها السفن، وتدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: «**لا هو حرام**» ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «**قاتَلَ اللهُ اليهودَ؛ إنَّ اللهَ لما حرَّم**

---

(١) أخرجه البخاري (٢٠٨٤).

(٢) أخرجه مسلم (١٥٧٩).

(٣) أخرجه أحمد (٢٨٩٧)، وابن حبان (٥٣٥٦)، والحاكم (٢٢٦٨).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٦٧٤).

عليهم شحومَهَا جملوه ثم باعوه، فأكلوا ثمنه»[١].

وأيضًا، فإن الخمر عينها نجسة، وما كان عينه نجسًا فإنه ليس بمملوك، ولا ينعقد به البيع، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

قال الشافعي[٢]: **لا يجوزُ بيع الزيت النجس،** وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: يجوز، واحتج من نصره بأنه طاهرٌ جاورته نجاسةٌ يمكن تطهيره وإزالتُها منه، فوجب أن لا يمنع من صحة بيعه، أصله: الثوب إذا أصابته النجاسة، والعبد، أو الخشب، أو غير ذلك من الأعيان الطاهرة إذا أصابتها نجاسة يجوز الانتفاع به، وليس فِي بيعه إسقاطُ حقٍّ آدمي، ولا جار مجرىٰ المنافع فوجب أن يجوزَ بيعُه قياسًا علىٰ الثياب.

وأيضًا، فإنه دهن يجوز الاستصباح به فوجب أن يجوزَ بيعه، قياسًا علىٰ الطاهر[٣].

وأيضًا، قال أبو جعفر الطحاوي[٤]: لما جاز هبته والصدقة به وجب أن يجوزَ بيعه.

وهذا عندنا غيرُ صحيح لما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**إن الله إذا حرم شيئًا حرم ثمنه**» روىٰ هذا الحديث أبو بكر بن المنذر[٥] عن عبد الله بن عباس أنه قال: رأيتُ النبي ﷺ جالسًا عند الركن فرفع رأسه إلىٰ السماء

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٣٦)، مسلم (١٥٨١).

(٢) الأم (٣/ ١٠٨).

(٣) نقله الروياني (٥/ ٩٤) عن المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(٤) مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٩٢).

(٥) الأوسط (٨٦٤).

فضحك فقال: «**لعن الله اليهود - ثلاثًا - إن الله تعالى حرّم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها، وإن الله إذا حرَّم على قوم شيئًا حرَّم ثمنه عليهم**» وهذا الزيتُ محرمُ الأكل، فوجب أن يحرم ثمنه لظاهر هذا الخبر، وعمومه.

وأيضًا، ما روىٰ أبو علي فِي «الإفصاح» أن النبيَّ ﷺ أذن فِي الاستصباح بالزيت النجس[1]، وهذا يدلُّ علىٰ أن غير الاستصباح غير مأذون فيه.

وأيضًا، ما روىٰ أبو هريرة رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ سئل عن الفأرة تقع فِي السمن، فقال: «**إن كان جامدًا فألقوها وما حولها، وإن كان ذائبًا فلا تقربوه**»[2]، وأظن روي: «**فأريقوه**»[3]، والأمر والنهي عن قربه وإلقاء ما حوله منعٌ من بيعه؛ لأنه لو جاز بيعُه لم يكن مأمورًا بإراقته وإلقائه.

فإن قيل: لا حجة فِي ذلك؛ لأنا أجمعنا علىٰ أنه لا يجب عليه إراقته، ويجوز له الاستصباح به.

فالجوابُ: أن الدليل إذا دل علىٰ جواز الاستصباح به، دل علىٰ أنه مخير بين إراقته وبين الاستصباح به، والمخير بين شيئين لا يجوزُ أن يعدل عنهما إلىٰ ثالث، فإذا كان كذلك لم يجز له بيعه.

فإن قيل: التخيير بين الإراقة والاستصباح يقتضي التخيير بينهما وبين بيعه، وكان مخيرًا بين ثلاثة أشياء؛ لأن جواز الاستصباح به يدلُّ علىٰ جواز بيعه.

فالجوابُ: أنا لا نسلِّم ذلك؛ لأن الاستصباح ضربٌ من إتلاف عينه، والبيع استبقاءٌ لعينه، فلم يكن الاستصباحُ مقتضيًا جواز البيع ولا دالًّا عليه.

---

(١) ينظر السنن الكبرىٰ للبيهقي (٩/ ٥٩٤) باب من أباح الاستصباح به.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٨٤٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٦٩٥).

وفِي هذا الخبر دليلٌ من وجه آخر، وهو أن عند المخالف أن السمنَ الذائبَ إذا وقعت الفأرة فيه فإنه مالٌ لصاحبه ولا يجب إراقته، فلما أمر النبي ﷺ بإراقته دل علىٰ أنه ليس بمال؛ لأن النبيَّ ﷺ نَهىٰ عن إضاعة المال.

ومن القياس: أنه مائعٌ نجسٌ فوجب أن لا يجوزَ بيعُه قياسًا علىٰ الخمر والدم والبول.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أنه نجس العين، وفِي الفرع نجس بالمجاورة.

فالجوابُ: أن علة الأصل منتقضة بالسِّرجين، وعلة الفرع منتقضة باللبن إذا ماتت فيه فأرة، أو وقعت فيه نجاسة فإنه لا يجوزُ بيعه عنده.

فإن قيل: المعنىٰ فِي الأصل أنه ليس فيه منفعة مباحة، وليس كذلك هاهنا، فإن فيه منفعةً مباحةً وهي الاستصباح، والنجاسة إذا لم تمنع من انتفاعٍ مقصود لم تمنع من بيعه، كما نقول فِي الثوب النجس، والعبد النجس.

والجوابُ: أن الانتفاع لا يدلُّ علىٰ جواز البيع عند المخالف؛ لأن الطعام فِي دار الحرب يجوز الانتفاع به ولا يجوزُ بيعه، ويجوز الانتفاع بأم الولد وبولدها من غيره، ولا يجوزُ بيعهما، ويجوز الانتفاع برباع مكة، ولا يجوزُ بيعها عنده، ويجوز أن يطعم لحم الميتة بزاته وصقوره[1]، ويجوز أن يستصبح بشحم الميتة علىٰ أحد الوجهين عند بعض أصحابِنا، وأيضًا، فإنه مائعٌ لا يحل أكلُه، فوجب ألا يجوزَ بيعه، أصله: اللبنُ إذا وقعت فيه نجاسة.

فإن قيل: المعنىٰ فيه: أنه ليس فيه منفعة مباحة، وليس كذلك الزيت، فإن فيه منفعةً مباحةً وهو الاستصباح، وكان الجواب عنه ما مضىٰ.

---

(١) في (ق): «صقورته».

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على الثوب والعبد النجس، فهو أن أصحابنا اختلفوا فِي طهارة الزيت بالغسل.

فقال بعضهم: لا يطهر، وإليه ذهب أبو علي الطبري، وادعىٰ أن ذلك مذهبُ الشافعي؛ لأنه نص علىٰ المنع من بيعه، ولو كان يطهر بالغسل لم يمتنع من بيعه؛ لأن نجاسةَ المجاورة التي يمكِن إزالتها لا تمنع من صحة البيع، فلما نصَّ علىٰ أن بيعه لا يجوزُ دل علىٰ أنه لا يطهر بالغسل، فعلىٰ هذا سقط القياس؛ لأن العلةَ غير مسلمة.

وقال أبو إسحاق المروزي: يطهر بالغسل، ولا يجوزُ بيعه، فعلىٰ هذا نقول: المعنىٰ فِي الأصل أن المنفعةَ المقصودةَ بالثوب باقية، وهي اللبس، وليس كذلك الزيت، فإن المنفعة المقصودة قد زالت وهي الأكل، فلم يجز بيعه.

وجوابٌ آخر، وهو أن الجامد الطاهر إذا جاورته النجاسة فإن الطاهر متميزٌ متحيزٌ يمكن قصدُه بالبيع فصحَّ بيعُه، وليس كذلك المائع؛ فإنه يمتزج بالنجاسة ولا تتحيز عنه، فتكون نجاسته نجاسة العين فلا يجوزُ بيعه.

وأما الجوابُ عما قالوه من أن الاستصباح به جائز كالزيت الطاهر، فهو أني قد بينتُ أن الانتفاع به لا يدلُّ علىٰ جواز البيع عنده، كما بينتُ أن لحم الميتة يطعمه بزاته وصقوره[1] ولا يجوزُ بيعه، ولأن الاستصباح به[2] إتلافُ عينه، فهو بمنزلة إطفاء الحريق، وإباحة هذا لا يدلُّ علىٰ جواز بيع الخمر، فكذلك هاهنا جواز الاستصباح به لا يدلُّ علىٰ جواز بيعه.

وأما الجوابُ عن قول الطحاوي إن هبته والصدقة به جائزتان، فهو أن ذلك لا يجوزُ عندنا، والله الموفق للصواب.

---

(١) في (ق): «صقورته».

(٢) زيادة ضرورية.

• فَصْلٌ •

بيعُ لبن الآدميات جائزٌ(١)، وبه قال أحمد(٢)، وقال أبو حنيفة: لا يجوز.

واحتج من نصر قوله(٣) بأنه لبن آدمية، فلا يجوزُ بيعُه، أصله: إذا حُلب منها بعد موتِها، ولأنه جزءٌ من آدمية لا يثبتُ علىٰ الانفراد حكمه فِي حال الاتصال، فلا يجوزُ بيعه كالشعر، وفيه احترازٌ من بيع الولد، فإنه يثبت له حُكم علىٰ الانفراد، مثل الوصية والميراث؛ ولأنها لا يحلُّ أكلُ لحمها، فوجب أن لا يحل بيعُ لبنها، أصله: بيعُ لبن الأتان.

وأيضًا، فإنه مائعٌ خارجٌ من الآدمية، فوجب أن لا يحل بيعه، أصله: سائر المائعات الخارجة منها من الدمع والريق والمخاط والعرق والبول.

وأيضًا، فإنه يستحقُّ بعقد الإجارة، فلم(٤) يجز أن يستحق بعقد البيع، أصله: سائر المنافع، فإن عند أبي حنيفة لا يجوزُ بيع المنافع، ولو قال «بعتُك سكنىٰ هذه الدار سنة من هذا الوقت بكذا وكذا» لم يصح العقد، فكذلك هاهنا، ولأن قيمة الأشياء مأخوذة من البياعات، ولم تجر العادة ببيع لبن الآدميات، فلم يكن له قيمة، وما لا قيمة له لا يجوزُ بيعُه، قياسًا علىٰ الدمع والمخاط والحشرات.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه أنه لبنٌ يحل

---

(١) وهذا يدل علىٰ طهارته، وبه صرح بحر المذهب (٥/ ٥٢) خلافًا لأبي القسم بن بشَّار الأنماطي؛ فإنه قال: هو نجس لا يحل لغير الصغار شربه ولا يجوز بيعه.. وهو مذهب تفرد به.
ووقع في الحاوي الكبير أنه (بن يسار) وهو تصحيف، ووقع في بحر المذهب (لا يحل لأجل الصغار) وهو تحريف ظاهر، فتنبه.

(٢) يعني في إحدىٰ الروايتين عنه.

(٣) في (ق): «قولهما» وهو غلط.

(٤) في (ق): «لم».

شربه، فوجب أن يجوزَ بيعه، أصله: لبن النعم.

وأيضًا، فإنه غذاء لآدمي فجاز بيعه، أصله: الخبز واللحم.

فإن قيل: هذا منتقضٌ بدم الحيض؛ فإنه يتغذىٰ به ما دام فِي جوف أمه، ولا يجوزُ بيع دم الحيض.

فالجوابُ: أن هذا غيرُ صحيح، والجنينُ لا يتغذىٰ بدم الحيض، وذلك أنه يولد وفمُه مسدود، ولا طريق فيه لجريان الدم، وفِي وجهه مشيمة، ويدلُّ عليه أن دم الحيض لا يوجد فِي البهائم وأجنَّتُها لا تتغذىٰ دم الحيض، وهي تعيش إلىٰ أن تخرج من جوف الأم، فإذا كان كذلك سقط ما قاله القائل.

وأيضًا، فإنه مائع طاهر، ومنتفع به فجاز بيعه، أصله: لبن النعم، وسائر الأشربة الطاهرة.

قلت أنا «مائع» لا تأثير له فِي هذه العلة؛ لأن الطاهر المنتفع به سواء كان جامدًا أو مائعًا[1] فإن بيعه جائزٌ.

فإن قيل: نحترز به من الحر وأم الولد.

فالجوابُ: أن الاحترازَ بالوصف الذي لا تأثير له فِي الحكم لا يصِحُّ، والحُر وأم الولد لم يُمنع من بيعهما لكونِهما جامدَيْن، وإنما مُنع من بيعهما لأن الحُرَّ غير مملوك، وأم الولد قد ثبت فيها سببُ زوال ملكه عنها واستقر النسب حتىٰ لا يلحقه الفسخ، فمُنع من بيعها لهذا المعنىٰ، فإذا كان كذلك لم يجز الاحترازُ منهما بأنه مائع، والذي يجب أن يقال عندي أنه طاهرٌ منتفعٌ به، فجاز بيعُ جنسِه قياسًا علىٰ سائر الأموال.

---

(١) في (ق): «طاهرًا» وهو غلط.

وقولُنا (طاهر) احترازٌ من النجاسات(١)، وقولُنا (منتفعٌ) به احترازٌ من حشرات الأرض التي لا منفعة فيها، وكل واحد من هذين الوصفين مؤثر فِي هذا الحكم.

فإن قيل: نقول بموجب هذه العلة؛ لأن لبن النعم يجوز بيعه، وهو من جنسه.

فالجوابُ: أن هذا غيرُ صحيح؛ لأن لبن النعم جنس مخالف لجنس لبن الآدميات، كما أن لبن الغنم جنسٌ مخالفٌ لجنس لبن البقر والإبل، فإذا كان كذلك كانت هذه العبارة أولىٰ بالاستعمال.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على لبنها بعد موتها، فهو أن المعنىٰ فيه أنه جزء من ميتة محرمة، فكان محرمًا، كما نقول فِي ألية شاة ميتة وجلدها ولحمها ولبنها عندنا، وليس كذلك المحلوب فِي حال حياتها؛ لأنه طاهرٌ منتفعٌ به، علىٰ ما تقدم بيانه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على شعرها، فهو أنه لا يجوزُ الانتفاع به.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على لبن الأتان، فمن وجهين:

أحدهما: أنه لا يجوزُ أن يُستدل بتحريم لحمها علىٰ تحريم شربه، فلأن لا يُستدل به علىٰ تحريم بيعه أولىٰ.

والثاني: أن المعنىٰ فِي لبن الأتان أنه نجس، والمائع النجس لا يجوزُ بيعه، وليس كذلك هذا؛ فإنه طاهرٌ منتفعٌ به فجاز بيعُه.

---

(١) فلبن غير الآدميات مما لا يؤكل لحمه حرام في ظاهر المذهب أنه نجس؛ والألبان إنما أبيحت للحاجة، ووقع الحكم بطهارتها تبعًا لمسيس الحاجة إلىٰ تحليلها، وأبعد بعضُ أصحابنا وحكم بطهارة ألبان الحيوانات الطاهرة العيون، وهذا ساقط غير معدود من المذهب.. نهاية المطلب (٢/ ٣٠٩).

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على سائر المائعات الخارجة منها، فمن وجهين:

أحدهما: أنه لا تأثير لقولهم «مائع» لأن المائع والجامد فيما يخرج منها سواء فِي ذلك، ولا تأثير أيضًا لقولهم «من آدمية» لأن الريقَ والدمعَ والمخاطَ والبولَ - سواء كان خارجًا من آدمية أو بهيمة فِي المنع من بيعها[١].

والجوابُ الثاني: أن المعنىٰ فِي الأصل أنه لا منفعة فيها، فلم يجز بيعها، كما لا يجوزُ بيع حشرات الأرض لهذه العلة، وليس كذلك لبن الآدمية؛ فإنه طاهرٌ منتفعٌ به فجاز بيع جنسه.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أنه يستحق بعقد الإجارة، فمن وجوه:

أحدها: أنا لا نسلِّم الأصل الذي قاسوا عليه، فإن عندنا يجوز بيع المنافع، وإذا قال «بعتُك منفعة هذه الدار سنةً من هذا الوقت بكذا وكذا» صح عقد الإجارة، ولا فرق بين لفظ الإجارة وبين لفظ البيع فيه، والإجارةُ عندنا ضربٌ من البيوع.

والجوابُ الثاني: أنه يُستحق بعقد الإجارة ما دام فِي الثدي، ولا يُستحق بالبيع فِي هذه الحالة، وإذا انفصل من الثدي جاز بيعُه، ولا يجوزُ عقد الإجارة عليه، فإذا كان كذلك فقد قلنا بموجب علتهم.

والجوابُ الثالث: أنه لما جاز أن يُستحق بعقد الإجارة - وهو عين من الأعيان علىٰ طريق البيع للحاجة إليه - فإذا صار معلومًا مقدورًا علىٰ تسليمه كان بيعُه أولىٰ بالجواز، وهذا كما نقول فِي بئر الماء أنه إذا جاز أن تُستحق بعقد الإجارة علىٰ منافع الدار، فإذا استقىٰ وأفرد الماء جاز بيعه، ولأن قبول

(١) يعني أن كله سواء في المنع، وفي عبارة المصنف نقص، والله أعلم.

العين للبيع أولىٰ منه للإجارة، فإذا كان قابلًا للإجارة كان قبوله لعقد البيع أولىٰ.

وأما قولهم إن القيم مأخوذة من الأثمان بالتبايع، وهذا لا يباع ولا تكون له قيمة.

فالجوابُ: أنه غلطٌ؛ لأن القيمة إنما تثبت له لأنه منتفعٌ به منفعة مباحة، وإنما يعتبر بالأثمان فِي تقدير القيمة دون أصل القيمة، ولا يُنتقض ببيض العصافير والقنابر والبلابل، فإنه لا يباع، وله قيمة، ويجوز بيعها، والله الموفق للصواب.

• فصلٌ •

إذا اشترى كافرٌ عبدًا مسلمًا، قال فِي «الإملاء»: لا ينعقد الشراء، ولا يملكه الكافر، وقال فِي «الأم»[١]: يصح الشراء، ويملكه، ويُجبر علىٰ بيعه، وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه.

واحتج من نصرهم بأن من صح بيعُه للعبد صح شراؤه، أصله: المسلم، ولأنه يملكه بالإرث، فجاز أن يملكه بالشراء، أصله: العبد الكافر، وسائر الأموال، ولأن إسلامه لا يمنع من بقاء ملكه عليه، فلا يمنع من دخوله فِي ملكه بالشراء، أصله: المسلم، وإنما يبقىٰ ملكُه عليه إذا أسلم عبد كافر فِي ملك كافر، فإن ملكه لا يزول عنه، ويُجبر علىٰ بيعه.

ودليلنا: أن بعض أصحابِنا احتج بقول الله تعالىٰ ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء:١٤١]، وهذا لا أرضاه؛ لأن الظاهر منه أنه فِي الآخرة؛ لأن الله تعالىٰ قال: ﴿ فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ ۗ وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ

(١) الأم (٨/ ٤٠).

لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ [النساء:١٤١].

والذي أعول[١] عليه، هو الذي حررتُه وهو أنه عقدٌ مُنع منه الكافر لإسلام المعقود عليه، فوجب أن لا يصح، أصله: عقد النكاح؛ فإن الكافر إذا تزوج بمسلمة لا يصِحُّ عقده.

فإن قال المخالف: لا أسلِّم أن الكافر مُنع من شرائه.

فالجوابُ: أن هذا ليس بمذهب أبي حنيفة، لأن عنده لا يجوزُ أن يشتريه، وإن اشتراه صح، وهكذا قال أصحابه فِي كتبهم، وقال: هو كالاستدامة التي لا يجوزُ أن يستديم ملكه عليه، وإن استدامه صحت الاستدامة، ولأن الفقه يمنع من ذلك؛ لأنه لا يجوزُ أن يكون مأذونًا فِي عقده، فإذا عقده كان مأمورًا بإزالته منهيًّا من استدامته[٢]، وهذا لا يقوله مُحَصِّل[٣].

فإن قال: المنع لا يدلُّ علىٰ فساده، كما يمنع عن البيع والشراء فِي حال النداء، فإذا فعله صح.

فالجوابُ: أنه إذا كان لحرمة إسلام المعقود عليه منع كما يمنع صحة النكاح.

فإن قال: قد قلتم يشتري أباه ثم يعتق عليه، فيكون ممنوعًا من الاستدامة غير ممنوع من الشراء.

فالجوابُ: أنه لا يلزمه علىٰ ما قلناه ممنوع من شراء العبد وممنوع من استدامته؛ وعلىٰ أنه تجدد بعد الشراء عتقٌ بسبب يزول به الملك، فيكون

---

(١) في (ق): «أقول».

(٢) في (ق): «استدامة».

(٣) أي فقيه يحصل العلم.

بمنزلة من اشترىٰ عبدًا وأعتقه عَقِيبه؛ فإن الولادة سببٌ فِي الشريعة للعتق فِي ملكه، كقوله «أعتقتُك»، وليس كذلك فِي مسألتنا؛ فإنه لم يتجدد ما يزيل الملك، وإنما هو ممنوع من استدامة العقد عليه لكونه مسلمًا، وهذا المعنىٰ موجودٌ فِي حال العقد.

فإن قال: يمنع من استدامة ملكه، فإن استدام صحت الاستدامة، فلا يمنع أن يكون العقد مثله.

فالجوابُ: أن اليهودي إذا أسلمت امرأتُه فإنه ممنوعٌ من استدامة عقد النكاح عليها، [ومأمورٌ بفراقها، فإن لم يفعل واستدامه صحت الاستدامة، وممنوعٌ من ابتداء العقد عليها](١)، فإن عقد لم يصح العقد، فدل هذا علىٰ الفرق بينهما.

ومن قال المقصودُ من النكاح الاستباحة، وإسلامُها يمنع الكافر من استباحتها، فإذا منع المقصود به منع صحته، وليس كذلك الشراء؛ فإن المقصود به الملك، واستدامته لا تمنع من دخوله فِي ملك الكافر.

فالجوابُ: أن فِي النكاح مَلَكَ الاستمتاع، كما فِي الشراء ملك الرقبة، يدلُّ علىٰ ذلك أن الزوجة تحرم علىٰ زوجها بالظهار، وتحرم بالردة، وتحرم زوجة الكافر بإسلامها، ويبقىٰ الملك كما كان، فبطل ما قاله.

فإن قال: إسلامُ الزوجة يزيل ملكه ويزيل استباحته، وإسلامُ العبد لا يزيل ملكه، وإنما يحتاج إلىٰ أن يزيله ببيع، أو عتق، أو غير ذلك، فدل هذا علىٰ الفرق بينهما.

فالجوابُ: أن ذلك ليس بصحيح؛ لأن عند المخالف لا يزيل ملك الاستمتاع، وإنما يزيله حكم الحاكم، أو ما يقوم مقامه، فإن عنده إذا أسلمت

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

امرأة اليهودي كانا علىٰ النكاح حتىٰ يطلقها، أو يحكم الحاكم بالتفريق بينهما، وعندهم أن الفرقة بينهما بالطلاق، وهذا فِي دار الإسلام، وأما فِي دار الكفر تبين بانقضاء ثلاث حيض، وليس بعدة، وإنما هي تقوم مقام تفريق الحاكم، لتعذر الحكم فِي دار الحرب، فسقط ما قاله علىٰ أصل مذهبه، وعلىٰ أنه ينتقض بالإحرام؛ فإنه لا يزيل ملكَ الصيد بحال، ويمنع ابتداء التملك.

فإن قال: لا يمنع؛ لأن المحرِم إذا وكَّل حلالًا فِي شراء صيد، فاشتراه ملكه[1] المحرم، **فالجوابُ**: أن ذلك يدخل فِي ملكه عنده من طريق الحُكم، فإنه يملكه بعقد الوكيل، ثم ينتقل إلىٰ الموكل بغير اختياره، فأما بعقده وتملكه فلا يملكه، وأما عندنا فلا يجوزُ أن يكون الحلال وكيلًا للمحرم فِي شراء الصيد، فسقط.

وأيضًا، فإنه لا معنىٰ لتصحيح العقد ثم إجباره علىٰ إزالته، وإذا كان مأمورًا بإزالته ممنوعًا من استدامته كان باطلًا من أصله.

وأيضًا، فإنه يؤدي إلىٰ أن لا يمكن فصل الحكم فيه؛ لأنه كلما أجبره الحاكم علىٰ بيعه عاد إلىٰ شرائه فاشتراه، فيؤدي إلىٰ ما لا نهاية له.

فإن قال: نؤدبه علىٰ ذلك. **قيل له**: ويشتريه مع التأديب.

وفيه طريقة أخرىٰ، وهو أنه يؤدي إلىٰ إلحاق الصغار والذلة، فإن المخالف يقول: ليس الصغار فِي الملك، وإنما هو بالاستخدام، وهذا غلطٌ؛ لأنه فِي كونه مالكًا لرقبته وسيدًا له صغارٌ ونقصٌ به، وذلك يرجع فيه إلىٰ العادة بين الناس، ولا شك أن الناس يعدون ذلك نقصًا وصغارًا، ولأنه لو كان كذلك لكان يمنع من الاستخدام، ولا يُجبر علىٰ إزالة الملك، فلما أُجبر

(١) زيادة ضرورية.

علىٰ النزول[١] دل علىٰ أنه صغار وذل ونقص.

فإن قيل: لو كان كذلك لوجب أن يزول بالإسلام، ولا يثبت ملكه بعد إسلامه فِي ملكه، **فالجوابُ**: أنه لا يمتنع ذلك، كما تسلم امرأة الذمي فتبقىٰ عنده زوجة حتىٰ نزيله، وإنما منع من نكاح الكافر للمسلمة لما فيه من الصغار والنقص.

فإن قال: ليس ذلك لهذا المعنىٰ، ألا ترىٰ أن المجوسي لو أسلم وعنده مجوسية منع من نكاحها، وليس ذلك للصغار[٢].. وهذا غلطٌ؛ لأن المنع هاهنا لنقص المجوسية، وفِي مسألتنا لفضيلة المسلمة، وكان المنع للمسلمة لئلا يؤدي إلىٰ نقصها بكونها تحت كافر، وفِي المجوسية لكونها ناقصة بالكفر المغلظ، وهو عدم الكتاب.

وقيل: كافر اشترىٰ عبدًا مسلمًا فلم يصح، أصله: إذا كان العبد مُدَبرًا.

فإن قال: لا يجوزُ للمسلم شراء المُدَبر، **فالجوابُ**: أنه يجوز عندنا.

فإن قال: استحق العتاق بموت المولىٰ علىٰ الإطلاق، ورجع إلىٰ دليله فِي بيع المدبر، **فيجاب** عنه بما نقوله فِي بيع المدبر.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على المسلم، فقيل إنه يجوز له بيعه، فهو أن البيع إزالة ملك، والشراء اختلاق ملك، ولا يجوزُ اعتبار أحدهما بالآخر، كما أن عنده إذا أسلمت امرأة اليهودي يجوز أن يطلقها، ولا يجوزُ أن يتزوج بمسلمة، ولأن البيع لا صغار فيه، وفِي الشراء صغار، ولأن المعنىٰ فِي المسلم أنه لا صغار عليه فيه، ولأنه غير ممنوع من شرائه، وهذا ممنوع من

---

(١) كذا! ولعله: «الإزالة»، والله أعلم.

(٢) في (ق) : «الصغار».

العقد لإسلامه فافترقا، ولأن المخالف فرق بينهما فِي الاستدامة، فلزمه أن يفرق بينهما فِي الابتداء، وبهذا الطريق يجاب عن سائر ما ذكروه، والله أعلم.

• فصلٌ •

يجوزُ بيعُ رباع مكةَ، وإجارتُها، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجوز.

واحتج من نصر قولهما بقوله تعالىٰ: ﴿ **إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ وَيَصُدُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ** ﴾ [الحج:٢٥] والمسجد اسم لجميع الحرم.

والدليلُ علىٰ ذلك قوله تعالىٰ: ﴿ **سُبْحَٰنَ ٱلَّذِىٓ أَسْرَىٰ بِعَبْدِهِۦ لَيْلًا مِّنَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ إِلَى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْأَقْصَا** ﴾ [الإسراء:١] وإنما أُسري به من بيت خديجة، وروي: من شِعْبِ أبي طالب، فسماه مسجدًا، فدل علىٰ ما قلناه.

وأيضًا، روي عن مجاهد، عن عبد الله بن عمر أنه قال: الحرم كله مسجد[١].

ومن الدليل علىٰ أن بيعها وإجارتها لا تجوز ما روىٰ أبو حنيفة عن عبيد الله[٢] بن أبي زياد، عن أبي نَجِيح، عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مكة حرام، وحرام بيع رباعها**»[٣]، وهذا نص.

وأيضًا روىٰ إسماعيلُ بنُ إبراهيم بن مهاجر، عن أبيه، عن عبد الله بن باباه، عن عبد الله بن عَمْرو[٤] رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مكةُ مناخٌ؛ لا تُباع**

---

(١) أخرجه ابن المنذر (٦٣٢٨).

(٢) في (ق): «عبد الله» وهو تصحيف، فهو عبيد الله بن أبي زياد القداح، أبو الحصين المكي.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣٠١٤)، والحاكم (٢٣٦٢).

(٤) في (ق): «عمر» وهو تصحيف.

رباعُها»[١]، وهذا نص.

وأيضًا، روي عن علقمة بن نضلة الكندي أنه قال: كانت تدعىٰ بيوت مكة علىٰ عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر: السوائب[٢]، لا تباع، من احتاج سكن، ومن استغنىٰ أسكن[٣]، وهذا نص.

وأيضًا، ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**منى مناخ لمن سبق**»[٤]، وهذا أيضًا نص.

ومن القياس: أنها بقعة من الحرم فلا يجوز بيعُها وإجارتُها، أصله: المسجد.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه قوله تعالىٰ: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ﴾ [الحشر: ٨] فأضاف الديار إلىٰ المهاجرين، والإضافة[٥] إلىٰ من يملك تقتضي التمليك.

فإن قيل: الإضافة قد تكون بالملك، وقد تكون باليد، فيحتمل أنه يكون أضاف الديار إليهم باليد والسكنىٰ، كما قال تعالىٰ لنساء النبي ﷺ: ﴿وَقَرْنَ فِى بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب:٣٣] فأضاف البيوت إليهن بالسكنىٰ دون الملك.

فالجوابُ: أن حقيقة الإضافة تقتضي ما ذكرناه؛ ألا ترىٰ أنه إذا قال الرجل «هذه الدار لفلان»، حُكم عليه بملكها للمقر له، ولو قال «أردتُ به

---

(١) أخرجه القاسم بن سلام في الأموال (١٦٢)، والحاكم (٢٣٦١) والبيهقي في معرفة السنن (١١٦٨٤) وضعفه.

(٢) في (ق): «السواب»، بدون همز.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٣١٠٧) والبيهقي في معرفة السنن (١١٦٩٠) وقال: فهذا خبر عن عاداتهم الكريمة في إسكانهم ما استغنوا عنه من بيوتهم.

(٤) أخرجه أحمد (٢٥٧١٨)، وأبو يعلىٰ في المسند (٤٥١٩).

(٥) زاد في (ق): «إنما تملك» وهي زيادة فاسدة.

السكنىٰ واليد» لم يُقبل منه، كذلك هاهنا.

وأيضًا، ما روي عن أسامة بن زيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: قلت: يا رسول الله، أين تنزل غدًا بمكة؟ قال: «**وهل ترك لنا عَقِيل [بن أبي طالب]**[١] **منزلًا**»؟ وفِي لفظ: «**وهل ترك عَقِيل لنا منزلًا؟ لا يرث الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر**»[٢].

وهذا يدلُّ علىٰ أن عَقِيلًا ورث أبا طالب، وتصرف فِي رباعه ولم يبق شيئًا، وكان أبو طالب قد خلَّف عَقِيلًا وطالبًا وجعفرًا وعليًّا، وكان عَقِيل وطالب كافرين، وعلي وجعفر مسلمين، فحاز عَقِيلٌ وطالبٌ ميراثهما، فإذا ثبت أن رباع مكة موروثة، دل علىٰ أنها مملوكة لأهلها.

وأيضًا، ما روي أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اشترىٰ دارًا بمكة بأربعة آلاف درهم من صفوان بن أمية، وكان وكيل عمر نافع بن عبد الحارث[٣].

وأيضًا، روي أن معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اشترىٰ من حَكيم بن حِزام دارين بمكة، إحداهما بستين ألف درهم، والأخرىٰ بأربعين ألف درهم، وقال حَكيم بن حِزام رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: اشتريتُهما فِي الجاهلية بِزِقِّ خمرٍ[٤].

ولا يُعرف لهم مخالف[٥].

فإن قيل: يحتمل أن يكون اشترىٰ البناء دون العرْصة، فالجوابُ: أن اسم

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح، علىٰ أن هذه الزيادة لا توجد في روايات المسند والصحيحين، وإنما رأيتها في مصنف عبد الرزاق (٩٨٥١)، والسنن الكبرىٰ للبيهقي (١٢٢٢٥).

(٢) أخرجه البخاري (٣٠٥٨)، ومسلم (١٣٥١).

(٣) أخرجه البيهقي (١١١٨٠) وفي معرفة السنن (١١٦٩٢).

أخرجه البيهقي (١١١٨٢) وفي معرفة السنن (١١٦٩٥).

ولأنه إجماع الصحابة ومن بعدهم، فإنهم من لدن رسول الله ﷺ إلىٰ يومنا هذا يتبايعونها، ويؤاجرونها، ولا ينكر عليه منكر.. الحاوي الكبير (٥/ ٦٢).

الدار يقع علىٰ العرْصة والبناء عندنا، وأما عند أبي حنيفة فإنه اسمٌ للقرار، ولهذا قال فيمن حلف لا يدخل هذه الدار، فانهدمت وزال بناؤها، ودخل العرْصة أنه يحنث فِي يمينه، فإذا كان كذلك سقط السؤال.

وأيضًا، من القياس أنها أرض حية لم يرد عليها صدقةٌ محرَّمةٌ[١]، فوجب أن يجوزَ بيعها والتصرف فيها، قياسًا علىٰ سائر الأرض.

وأيضًا، فإن اليد دلالة علىٰ الملك، وهذه الرباع وجدناها فِي أيدي أهلها يتصرفون فيها، فوجب أن يحكم بأنها ملك لهم، وهذا كما قلنا: إن رجلين تداعيا ملكًا وهو فِي يد أحدهما، حُكم به لصاحب اليد لدلالة اليد علىٰ الملك، فكذلك هاهنا.

فإن قيل: هذا يبطل بسواد الكوفة، **فالجوابُ**: أن أصحابنا اختلفوا فيه، فقال أبو العباس بن سريج: هي مملوكةٌ لأهلها، وتصرُّفُهم فيها جائز، فعلىٰ هذا سقط السؤال، ومنهم قال: إنها وقفٌ لعمر بن الخطاب ﵁ علىٰ نوائب الإسلام، ومصالح المسلمين.

فعلىٰ هذا نقول: تركنا دلالة اليد لدلالةٍ قامت علىٰ الوقف، ولو قامت دلالة علىٰ أن رباع مكة وقف، قدمناها علىٰ دلالة اليد، ولكن لم يقم علىٰ ذلك دلالة تدل علىٰ أنها وقف، فحكمنا بدلالة اليد.

وأيضًا، فإن تحريم رباع مكة ومنع أهلها من التصرف فيها لو كان صحيحًا فِي الشريعة، لوجب أن يكون النقل فيه ظاهرًا مستفيضًا، كما ظهر فِي تحريم صيده وشجره وحشيشه، ووجب أن يكون ظهور ذلك أولىٰ؛ لأن ذلك أعظم خطرًا، وأكبر محلًا، وأن كل واحد محتاج إلىٰ معرفة ذلك وبيعه

---

(١) يعني الوقف، كما في قول الشافعي في المختصر (٨/ ٢٣٣)... وقال صدقة محرمة أو قال: موقوفة أو قال: مسبلة.

وإلىٰ إجارته واختصاصه دون غيره، والدواعي إلىٰ نقل ذلك أكثر وأوفر، فلما لم ينقل ذلك إلا عن عبد الله بن عمرو[١]، دلَّ علىٰ أنه لا أصل له، ولو كان ذلك صحيحًا لم يجز أن يخفىٰ عن عمرو بن دينار وهو شيخ من شيوخ التابعين، ومن علمائهم، وممن صحب الصحابة ونقل عنهم، وقد روىٰ ابنُ جريج عنه أنه لم يكن يرىٰ بكراء بيوت مكة بأسًا[٢]، قال: وكيف يكون به بأس، والربع يباع، ويؤكل ثمنه، وقد ابتاع عمرُ دارًا للسجن بأربعة آلاف درهم، فإن كان عمرو بن دينار لا يرىٰ بأسًا أن رباع مكة تباع ويؤكل ثمنه دل علىٰ أن ما قاله المخالف ليس بصحيح.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من قول الله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ وَيَصُدُّونَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ٱلَّذِى جَعَلْنَٰهُ لِلنَّاسِ سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ ﴾ [الحج:٢٥]، فهو أن المراد به المسجد الحرام الذي هو الكعبة، وهذا كما قال الله تعالىٰ: ﴿ وَمِنْ حَيْثُ خَرَجْتَ فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ۚ وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّواْ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُۥ ﴾ [البقرة:١٥٠]، وأراد به نفس المسجد.

وأيضًا، فإن المعروف المشهور بهذا الاسم هو ما ذكرناه دون الحرم، فوجب حمله عليه.

وأيضًا، فإن المسجد ينزه عن النجاسات، والقذارات، والبيع، والشراء،

---

(١) أخرجه ابن المنذر (٦٣٢٣) والبيهقي في معرفة السنن (١١٦٨٦) عنه أنه قال: الذين يأكلون أجور بيوت مكة إنما يأكلون في بطونهم نارًا.. وضعفه فقال: ولو صح مثل هذا لقلنا به، إلا أنه لا يصح رفعه، وفي ثبوته عن عبد الله بن عمرو أيضًا نظر.

(٢) أخرجه البيهقي في معرفة السنن (١١٦٩٣) عن عمرو بن دينار أنه سئل عن كراء بيوت مكة، فقال: «لا بأس به، الكراء مثل الشرىٰ، وقد اشترىٰ عمر بن الخطاب من صفوان بن أمية دارًا بأربعة آلاف درهم».

وإنشاد الضوال، وفي[١] الحرم مجازر ومغاسيل وطرق وأسواق، وما أشبه ذلك، فدل علىٰ أنه ليس من المسجد.

وأما الجوابُ عن قول ابن عمر: الحرم كله مسجد، فهو أنه يرويه ثوير[٢] عن مجاهد عن عبد الله بن عمر. قال يحيىٰ بن معين: ثوير[٣] ركن من أركان الكذب وكان يحيىٰ بن سعيد القطان وعبد الرحمن بن مهدي لا يحدثان عنه[٤].

وأما الجوابُ عن قول الله سبحانه: ﴿سُبۡحَٰنَ ٱلَّذِيٓ أَسۡرَىٰ بِعَبۡدِهِۦ لَيۡلٗا مِّنَ ٱلۡمَسۡجِدِ ٱلۡحَرَامِ إِلَى ٱلۡمَسۡجِدِ ٱلۡأَقۡصَا﴾ [الإسراء:١]، فهو أنه أراد به المسجد دون الحرم، قال أبو بكر بن المنذر[٥]: الأخبار الثابتة تدل علىٰ أن النبيَّ ﷺ إنما أسري به من الحَطِيم أو الحِجْر.

فروىٰ قتادة عن أنس بن مالك [عن مالك][٦] بن صعصعة أن النبيَّ ﷺ حدثهم عن ليلة أسري به قال: «**بينا أنا نائم بالحَطِيم**» - وربما قال قتادة: بالحِجر[٧] - «**مضطجع، إذ أتاني آتٍ**»[٨]، وذكر الحديث.

---

(١) كلمة «في» زيادة ضرورية.

(٢) في (ق): «يزيد»، وهو تحريف، وهو ثوير بن أبي فاختة أبو الجهم الكوفي.

(٣) في (ق): «يزيد»، وهو تحريف.

(٤) ميزان الاعتدال (١/ ٣٧٥).

(٥) الأوسط (٦/ ٣٩١- ٣٩٢).

(٦) ليس في (ق)، وإثباته لازم.

(٧) لم يقع التصريح في رواية «صحيح البخاري» بأن الشك من قتادة، وإنما بينه أحمد في روايته عن عفان عن همام ولفظه: «بينا أنا نائم في الحطيم، وربما قال قتادة في الحجر» قال ابن حجر في الفتح (٧/ ٢٠٤): والمراد بالحطيم هنا الحجر، وأبعد من قال المراد به ما بين الركن والمقام، أو بين زمزم والحجر، وهو وإن كان مختلفًا في الحطيم هل هو الحجر أم لا.

(٨) أخرجه البخاري (٣٨٨٧) ومسلم (١٦٤) والشاهد منه ليس في رواية مسلم.

وأما الجوابُ عن حديثِ أبي حنيفة، فإنه رواه عن عبيد الله[1] بن أبي زياد، عن أبي نَجِيح، عن عبد الله بن عمرو بن العاص، عن النبيِّ ﷺ، وعبيد الله[2] بن أبي زياد ضعيف[3]، وأبو نَجِيح ضعيف[4].

وروىٰ أيضًا إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر، عن أبيه، عن عبد الله بن باباه، عن عبد الله بن عمرو بن العاص، عن النبيِّ ﷺ، وإبراهيم بن مهاجر: ضعيف[5].

وعلىٰ أن فيما هذا طريقه لا يجوزُ الاحتجاج به بخبر الواحد عند أبي حنيفة، فلا يصِحُّ التعلق به.

وعلىٰ أننا نتأوله علىٰ ما جعل منه وقفًا وتصدق صدقة محرَّمة، وكان ذلك فِي بيوتها ورباعها كثيرًا.

وجوابٌ آخر، وهو أنَّا نحمله علىٰ وصف أخلاق أهلها، وبذلهم بيوتهم ورباعهم من غير ثمن ولا كراء، وأنه عندهم بمنزلة محرم الثمن والأجرة.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من أن بيوت مكة كانت تدعى السوائب، فهو أن المراد به ما ذكرته من امتناع أهله من أخذ الكراء، وإسكانهم الغرباء معهم من غير عوض، فكان يقال ذلك علىٰ هذا الوجه دون ما ذكره المخالف.

وأما الجوابُ عن قوله ﷺ: **«منى مناخ لمن سبق»**، فهو أنه صلوات الله عليه قال ذلك ومنىٰ لا عمارة فيها لأحد، وإنما الأبنيةُ التي فيها والعماراتُ

---

(١) في (ق): «عبد الله» وهو تصحيف.

(٢) في (ق): «عبد الله» وهو تصحيف.

(٣) عبيد الله بن أبي زياد القداح، أبو الحصين المكي.. ميزان الاعتدال (٢/ ٨).

(٤) يسار، أبو نجيح الثقفي المكي، والد عبد الله بن أبي نجيح، مولىٰ الأخنس بن شريق الثقفي، من رجال التهذيب وهو ثقة، وليس ضعيفًا.

(٥) ينظر: تقريب التهذيب (٢٥٤).

المحدثةُ فِي أرضها محدثةٌ بعد النبي ﷺ، وعلىٰ أنَّا نحمل هذا علىٰ ما ليس بمملوك فيها من طرقاتها التي ينيخ الحجيج فيها.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم علىٰ المسجد، فهو أن هذا لا يصح؛ لأنه لا يجوزُ اعتبار سائر الرِّباع ببقعة المسجد منها، كما نقول فِي سائر البلاد، فإن رباعها يجوز التصرف فيها، وتخالف المساجد منها، فكذلك هاهنا، والله الموفق للصواب.

• فَصْلٌ •

إذا اشترىٰ كافرًا عبدًا مسلمًا، فقد اختلف قول الشافعي فيه، فقال فِي «الأم»[1]: يصح الشراء، ويملكه، ويجبر علىٰ إزالة ملكه عنه ببيع، أو هبة، أو عتق.. وإن أراد أن يكاتبه فهل يجوز أم لا؟ قولان:

أحدهما: لا يجوز؛ وذلك لأن النبيَّ ﷺ قال: «**المكاتبُ عبدٌ ما بقي عليه درهم**»[2].

والثاني: يجوز؛ لأنه يملك نفسه وكسبه، ويحال بينه وبين الكافر، فهو بمنزلة البيع، وبهذا القول قال أبو حنيفة، وقال فِي «الإملاء»: لا ينعقد الشراء، ولا يملكه.

ووجه القولِ الأولِ قولُ الله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة:٢٧٥].

ومن القياس: أن ما جاز للمسلم شراؤه، جاز للكافر شراؤه، أصله: سائر الأموال.

---

(١) الأم (٨/ ٤٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٢٦).

وأيضًا، فإن الكافر يجوز له بيعه، وهو إذا كان للكافر عبد كافر فأسلم العبد فباعه الكافر؛ صح بيعه، وما جاز له بيعه جاز له شراؤه، أصله: ما ذكرته.

وأيضًا، فإن الكافر إذا كان له عبد كافر فأسلم العبد ثم مات، ورثه الكافر وملكه، وما جاز أن يملكه الكافر بالإرث جاز أن يملكه بالشراء، أصله: سائر الأموال.

وأيضًا، فإن الكافر يجوز أن يكون وكيلًا للمسلم فِي شراء العبد المسلم، فجاز أن يشتري لنفسه.

وهذا عندنا غيرُ صحيح، والدليلُ على صحة ما ذهبنا إليه قول الله تعالىٰ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١].

[**فإن قيل**: هذا فِي الآخرة دون أحكام الدنيا، الدليل عليه قول الله تعالىٰ: ﴿فَٱللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَـٰمَةِ﴾ [النساء:١٤١]، وهذا يدلُّ علىٰ أنه لا يجعل يوم القيامة للكافرين علىٰ المؤمنين سبيلًا.

فالجوابُ][1]: أن اللفظ إذا كان مستقلًّا بنفسه لم يجز أن يبنىٰ حكمه علىٰ حكم غيره، وقوله: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١] معقول المراد بنفسه، فوجب حمله علىٰ إطلاقه وعمومه، كما نقول فِي اللفظ العام الوارد علىٰ سبب خاص.

فإن قيل: لا يجوزُ أن يكون بعض الكلام خاصًّا وبعضه عامًّا.

فالجوابُ: أن ذلك جائز، فيكون أول الآية عامًّا وآخرها خاصًّا، وأولها خاصًّا وآخرها عامًّا، ومثل ذلك فِي القرآن كثير، قال الله تعالىٰ: ﴿لَّقَدْ

---

(١) ملحق بحاشية (ق) ومصحح.

جِئْتُمُونَا كَمَا خَلَقْنَٰكُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍۭ بَلْ زَعَمْتُمْ أَلَّن نَّجْعَلَ لَكُم مَّوْعِدًا ﴾ [الكهف:٤٨] خاص فِي الكفار.

ومن القياس: أنه عقدٌ منعت حرمة الإسلام من استدامة موجبه، فوجب أن تمنع من انعقاده، أصله: النكاح؛ فإن الكافر إذا تزوج الكافرة وأسلمت المرأة فإن حرمة الإسلام تمنع من استدامة موجب عقد النكاح عليها، فمنعت من انعقاده وهو إذا تزوج كافر بمسلمة، فكذلك هاهنا.

فإن قيل: عندكم إذا أسلمت المرأة، فإن كان قبل الدخول بها بانت فِي الحال، وإن كانت بعد الدخول بها بانت بانقضاء العدة فتنقطع الاستدامة، وليس كذلك هاهنا؛ فإن الملك هاهنا لا ينقطع، وإنما يؤمر بالقطع، فلا تصح العبارة فِي الجمع بينهما.

فالجوابُ: أن حرمة الإسلام مانعةٌ من استدامة موجب العقد فيهما، وإن كان فِي الإسلام تزول الاستدامة، وفِي الفرع يجب أن نزيلها.

فإن قيل: نجعل هذا فرقًا بينهما من طريق الفقه.

فالجوابُ: أن ذلك لا يصِحُّ علىٰ أصله؛ لأن المرأة إذا أسلمت فِي دار الإسلام والزوج كافر، فإن العقد يقف إلىٰ أن يعرضَ الحاكمُ الإسلامَ علىٰ الزوج، فإذا عرض عليه وأبىٰ أن يسلم فرَّق الحاكم بينهما، ومع ذلك فإن العقد فِي الابتداء من الكافر علىٰ المسلم لا ينعقد.

فإن قيل: حرمةُ الإسلام لا تمنع من موجب العقد النكاح؛ لأنها إذا أسلمتْ بقي تحريمُ أم المرأة الذي أوجبه العقد.

والجوابُ: أن هذا لا يدخُل فِي استدامة الموجِبِ الذي ذكرناه؛ لأن الموجِبَ الذي يستديمه العاقدُ هو الذي يقف علىٰ اختياره، وإن شاء أزاله، وإن شاء استدامه، وذلك هو ملكه للمعقود عليه.

ويمكن أن يعبر عن هذا القياس فيقال ملكٌ تمنع حرمة الإسلام من استدامته، فوجب أن تمنع من ابتداء التملك، أصله: ملك البضع، ولا يدخل علىٰ ذلك الميراث؛ فإنه يدخل فِي ملك الوارث بغير اختياره، ولا يتعلق بتملكه، وإنما التملكُ ما يتعلق الملك بعقده واختياره فلم يدخل علىٰ ما ذكرتُه.

ويمكن أن يقال إنه يمنع من شرائه، فيقال لا[1] تشترِ عبدًا مسلمًا.

وكل عقد يُمنع من عقده لحرمة إسلام المعقود عليه، فإذا عقده لم يصح، أصله: النكاح، وهذا أيضًا جيد، وسقط[2] السؤال.

فإن قيل: ليس إذا منع من الاستدامة، أوجب[3] أن يمنع من ابتداء الملك، كما أن الولد يمنع من استدامة الملك علىٰ الولد، ولا يمنع من ابتداء التملك.

والجوابُ: أن حرمة الإسلام مخالفة لحرمة القرابة، ألا ترىٰ أن حرمة الإسلام لما منعت من استدامة عقد النكاح منعت من ابتدائه.

فإن قيل: لا يجوزُ اعتبار الشراء بالنكاح؛ لأن المقصود من النكاح استباحة البضع، ولا يحلُّ بُضْع المسلمة للكافر، فلم يصح العقد؛ لأن مقصوده لا يحصل، وليس كذلك الشراء؛ فإن مقصوده الملك، ويجوز ملكُ الكافر علىٰ المسلم، كما نقول فِي الإرث، وإذا أسلم العبدُ الكافرُ فِي ملك الكافر.

فالجوابُ: أن هذا الفرق يبطل بالاستدامة؛ لأن حرمة الإسلام مانعةٌ من

---

(١) في (ق): «إنه».

(٢) في (ق): «وأقل» وهو غلط.

(٣) في (ق): «لوجب».

استدامتها جميعًا مع وجود هذا الفرق، فكذلك يجب أن يستوي ابتداء العقد فيهما فِي البطلان.

وأيضًا، طريقة أخرىٰ فِي هذه المسألة وهي أن فِي ملك الكافر للعبد المسلم صغارًا وذلةً من الكافر علىٰ المسلم، وإذا منع من استدامة الملك لهذه العلة، وجب أن يمنع من ابتداء التملك.

فإن قيل: إذا منعناه منه وحِلنا بينه وبين استخدامه، لم يكن عليه ذلٌّ وصغارٌ.

فالجوابُ: أن هذا يبطل بالاستدامة، فإنه يؤمر[1] بإزالة ملكه عنه وإن قال لا أستخدمه، فدل علىٰ أن ثبوتَ ملكه عليه صغارٌ وذلةٌ، فوجب أن يمنع من ذلك، فإذا قصده لم يصح منه.

فإن قيل: هذا يبطل بشراء الولد الوالد؛ فإنه يمنع من استدامة ملكه عليه؛ لئلا يجري عليه من ولده الصغارُ والذلُّ، ومع ذلك فإنه يصح منه ابتداء التملك.

فالجوابُ: أن هذا باطل؛ لأن العتق ليس لئلا يجري عليه صغارٌ وذلٌّ، ولو كان لهذا المعنىٰ لوجب أن لا يعتق الولد علىٰ الوالد؛ لأنه مأمور بالذل والخضوع لوالده، فإذا كان كذلك سقط السؤال.

فإن قيل: معنىٰ الذل والصغار يبطل باستئجار الكافر للمسلم؛ فإنه يجوز مع وجود هذا المعنىٰ.

فالجوابُ: أن الإجارة علىٰ ضربين؛ إجارةٌ علىٰ عمل فِي الذمة، وإجارةٌ علىٰ العين.

فأما الإجارةُ علىٰ عمل فِي الذمة فإنها جائزةٌ لا يختلف أصحابُنا فيها.

---

(١) في (ق): «يؤمن» وهو تصحيف.

وأما إجارةُ العين، فمثل أن يستأجر كافرٌ مسلمًا يومًا أو سنةً يعمل له عملًا مثل بناء أو خياطة أو خدمة، أو غير ذلك، فهذا فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز، ويكون بمنزلة شراء العبد المسلم، فسقط السؤال، والثاني: يجوز.

فعلىٰ هذا نقول: ليس فِي الإجارة صغارٌ وذلٌّ؛ لأن ذلك معاوضة، فيعمل له بإزاء العوض الذي يحصل له، وليس كذلك الشراء؛ فإنه إذا ملكه به، فإنما يثبت له بعد ذلك سببًا بالملك علىٰ سبيل التسليط علىٰ ملكه والاستعلاء عليه، كما يحصل مثل ذلك فِي النكاح.

ويدلُّ علىٰ صحة هذا أنه لا يُجبر علىٰ إزالة ملكه عنه، كما يجبر فِي الشراء.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة:٢٧٥]، فهو أن هذا البيع مكروهٌ بالإجماع، ممنوعٌ منه، فلا يدخل فِي الإحلال، ولأن الآية التي احتججنا بها أخص، فوجب أن يقضىٰ بالخاص علىٰ العام.

وأما الجوابُ عما احتجوا به من القياس على سائر الأموال، فمن وجهين:

أحدهما: أنه لا يجوزُ أن يُستدل بصحة نكاح المسلم علىٰ صحة نكاح الكافر، ولأنه لا[1] صغار علىٰ المسلم فِي شراء المسلم للعبد المسلم، وفِي صحة شراء الكافر صغارٌ من جهة الكفر علىٰ الإسلام[2] كما نقول فِي النكاح.

والجوابُ الثاني: أن المعنىٰ فِي الأصل أنه لا يمنع من استدامة ملكه وموجب عقده، فصح ابتداء تملكه، وليس كذلك هاهنا؛ فإنه يمنع من استدامة ملكه وموجب عقده لحرمة الإسلام، فكذلك يمنع من ابتداء تملكه.

---

(١) ليس في (ق) وزيادته ضرورة.

(٢) يعني من جهة علو أو استعلاء الكفر علىٰ الإسلام حينئذٍ.

وأما الجوابُ عن قياسِهم الآخر، وهو أنه يجوز للكافر بيعه، فجاز له شراؤه قياسًا علىٰ سائر الأموال، فهو أن الكافر يجوز له أن يطلق المرأة المسلمة، ويُزيل ملكَه عن بُضْعِها، ولا يجوزُ له أن يتملك بُضْعَها بعقد النكاح، ولأن البيع ليس فيه صغارٌ، وإنما هو إزالة الصغار والذل، وليس كذلك هاهنا؛ فإن فيه صغارًا وذلًّا من الكافر علىٰ المسلم.

وأما الجوابُ عن الإرث، فهو أنه يبطل بالصيد؛ فإن الحلال إذا اصطاد صيدًا ثم مات وله وارثٌ محرِمٌ، فإنه يدخل فِي ملكه، وإن اشتراه أو وُهِب له لم يصح تملكه، ولأن الإرث أقوىٰ من الملك بالشراء، ولهذا نقول: إن الصغير والمجنون يملكان بالإرث، ولا يملكان بالشراء، فكذلك المجهول يملك بالإرث ولا يملك بالشراء، فدل علىٰ الفرق بينهما، وعلىٰ أن التملك هو الذي وقع المنع فيه، كما منع فِي النكاح.

وأما الجوابُ عن الوكيل، فهو أن عندنا لا يجوزُ أن يكون الكافر وكيلًا فِي شراء العبد المسلم للمسلم؛ لأنه لا يملك هذا العقد لنفسه، فلم يجز أن تكون المرأة وكيلة فِي النكاح، ولا يجوزُ أن يكون المحرِمُ وكيلًا فِي شراء الصيد وفِي النكاح، والله الموفق للصواب.

فَرع

إذا وكَّل المسلم كافرًا فِي شراء عبدٍ مسلم، فإذا قلنا إن الكافر إذا اشترىٰ صح شراؤه جاز أن يكون وكيلًا فيه، وإذا قلنا لا يصِحُّ شراؤه لنفسه لم يجز أن يكون وكيلًا فيه، كما لا يجوزُ أن يكون الكافر وكيلًا فِي تزويج مسلمة، ولا يجوزُ أن تكون المرأة وكيلة فِي عقد النكاح، والمحرِمُ لا يجوزُ أن يكون وكيلًا فِي شراء الصيد وعقد النكاح، فكذلك هاهنا.

فرع

إذا قال كافر لمسلم «أعتق عبدك عن كفارتي»، فأعتقه، صح، ويدخل فِي ملكه، ويخرج منه بالعتق، وهذا لا أعلم بين أصحابنا فيه خلافًا.

فإن قيل: هذا مناقضةٌ لما قلتموه من أن ابتداء الملك لا يصِحُّ منه؛ لأن ذلك بمنزلة التملك بالشراء، وقد صح منه.

فالجوابُ: أن قوله «أعتق عبدك» إنما[1] هو طلب لإبطال الملك فيه، وإنما يدخل فِي ملكه من طريق الحكم لا بتملكه، ومثل هذا[2] جائز، كما يرث الكافرُ عبدًا مسلمًا، وكما يسلم العبدُ الكافرُ فِي ملك الكافر، فيكون ملكه ثابتًا عليه.

فرع

إذا اشترىٰ الكافر أباه، وهو مسلم، فإذا قلنا بقوله فِي «الإملاء» أن الشراء لا ينعقد، فقد اختلف أصحابُنا فيه، فمنهُم مَن قال لا ينعقد هاهنا أيضًا؛ لأن ذلك ابتداء تملك باختياره، ومِنهم مَن قال هاهنا يدخل فِي ملكه، ويحرم بالحرية عقيبه، ولا يلحقُه فيه صغار وذل، وما يلحقه فيه من الكمال بالحرية يوفىٰ علىٰ ما يلحقه من الصغار بملكه، فوجب أن يصح، ولأنه إذا قال لمسلم «أعتق عبدك عن كفارتي» فأعتقه، دخل فِي ملكه وعتق، فإذا جاز هذا وجب أن يكون ذلك جائزًا، ومن قال بالأول فرَّق بينهما بأن ذلك ليس بتملك وإنما يدخل فِي ملكه من طريق الحكم لا بتملكه، ويخالف الشراء؛ لأنه ابتداء تمليك بلفظه، وهذا لا يجوز.

---

(١) في (ق): «وإنما».

(٢) ليس في (ق) وزيادته ضرورية.

فرع

إذا استأجر كافرٌ مسلمًا؛ قال أصحابُنا: ننظر فيه، فإن كان استأجره فِي عمل موصوف فِي ذمته صح؛ لأنه لا صغار فِي ثبوت حق فِي ذمته، وإن استأجره بعينه، وهو أن يستأجره يومًا من حين العقد أو شهرًا أو سنة للبناء، أو للبيع أو للشراء أو للخياطة أو للخدمة، فقد اختلف أصحابُنا فيه:

فمنهُم مَن قال فيه قولان كالشراء؛ لأنه يصير محبوسًا علىٰ الكافر بهذا العقد، فهو بمنزلة شراء العبد المسلم.

ومنهُم مَن قال يصح هذا العقد، ويكون بمنزلة العمل فِي الذمة؛ لأن كل عمل يعملُه، فهو بعوض يستحقه فِي مقابلته، وليس كذلك الشراء؛ فإنه إذا ملكه فإنه يستديم ملكه عليه، ويستخدمه، ويستحق عليه علىٰ سبيل تسليط المالك علىٰ ملكه وعلو المالك علىٰ المملوك، وذلك يوجب إذلال الكافر للمسلم، وهذا لا يجوز.

• فَصْلٌ •

إذا اشترى رجلٌ من رجلٍ عبدًا، ثم ظهر به عيب، فإنه لا يجوزُ له ردُّه، وقال مالك: يُرد الرقيقُ بكلِّ عيبٍ يظهر فِي مدة ثلاثة أيام من حين العقد، وما يظهر بعد الثلاث فإنه لا يرد إلا بثلاثة عيوب: الجنونُ والجذامُ والبرصُ، فإنه يرده بها إلىٰ سنة، ولا يرد بعد سنةٍ بشيءٍ من عيوب تظهر فيه.

واحتج من نصر قوله بما روىٰ الحسن البصري، عن عقبة بن عامر، عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**عهدةُ الرقيقِ ثلاثةُ أيام**»[1].

وأيضًا، فإن هذه الأدواء تكمن فِي باطن الجسم لا تظهر إلا فِي سنة،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٦)، وابن ماجه (٢٢٤٤)، وسيأتي تضعيف المصنف له.

ولهذا أُجل العِنِّين سنة حتىٰ إن كان من داء ظهر فيها.

وهذا عندنا غيرُ صحيح؛ لأنه عيبٌ ظهر فِي يد المشتري يجوز أن يكون حادثًا بعد القبض، فوجب أن لا يستحق به الرد، أصله: إذا ظهر بعد السنة أو بعد ثلاثة أيام غير العيوب الثلاثة، أو إذا ظهر فِي غير الرقيق.

وأيضًا، فإنه لو تلف العبد فِي يده لكان من ضمان المشتري، فإذا نقص جزء منه أولىٰ أن يكون من ضمانه.

والجوابُ عما احتجوا به من قوله ﷺ: «عهدة الرقيق ثلاثة أيام»، فهو أن الحسن لم يلق عقبة بن عامر، فهو مرسل[1]، ولأن العهدة نحملها علىٰ الرد بخيار الثلاث.

ويدلُّ عليه ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال[2]: ما أجد لكم شيئًا أوسع مما جعل رسول الله ﷺ لحَبَّان بن مُنْقِذ، جعل له عهدة ثلاثة أيام، إن رضي أخذ، وإن سخط ترك، وأراد به خيار ثلاثة أيام، فإذا كان كذلك، دل علىٰ أن معنىٰ الخبر الذي رواه المخالفُ ما ذكرناه.

وأما الجوابُ عما احتجوا به أن الداء الكامن ربما ظهر فِي سنة، فهو أنَّا لا نعرف ذلك.

وأما العِنِّينُ فإنما أُجِّل لتمر به الفصولُ الأربعة، فإن كان من رطوبة أو يبوسة أو برودة أو حرارة زال فِي الفصل المضادِّ له، ليس كما ذكره المخالف من أن[3] الداء الكامن لا يبقىٰ أكثر من سنة.

ويدلُّ علىٰ بطلان ذلك أن البائع إذا لم يُسلِّم العبد عشرة أشهر، ثم سلَّمه

---

(١) المراسيل (ص ٤٢).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٠٠٧، ٣٠١٣) والبيهقي (١٠٤٦٢).

(٣) زيادة من عندنا.

إلىٰ المشتري، ثم ظهر عيبٌ بعد القبض لعشرة أشهر أخرىٰ، كان يجب أن يكون له ردُّه، ويستدل بذلك علىٰ أن الداء كان كامنًا فِي جسمه فِي يد البائع، وهذا لا يقوله أحد، وإنما يعتبر المخالف سنةً من حين العقد دون القبض.

وجوابٌ آخر، وهو أنه لا اعتبار بالداءِ الكامِن فِي الجسم، وإنما الاعتبارُ بظهوره، فإذا كان ظهورُه بعد قبض المشتري لم يكن له ردُّه.

فرع

إذا رهن المبيعَ قبل قبضه، فقد حكيتُ أن الشافعيَّ نص علىٰ جواز الرهن، وذكره فِي «التلخيص»[1]، وفِي شرحه، وقال: إن الرهنَ غيرُ مضمون علىٰ المرتَهن[2]، وما لا يقتضي نقل الضمان فإنه ليس من شرط صحته أن يقبضه.

ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يصِحُّ إلا بعد القبض كالهبة؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما عقد يفتقر إلىٰ القبض، وهذا خلافُ النص، وقد مضىٰ ذلك فِي موضعه، فأغنىٰ عن الإعادة، والله أعلم بالصواب.

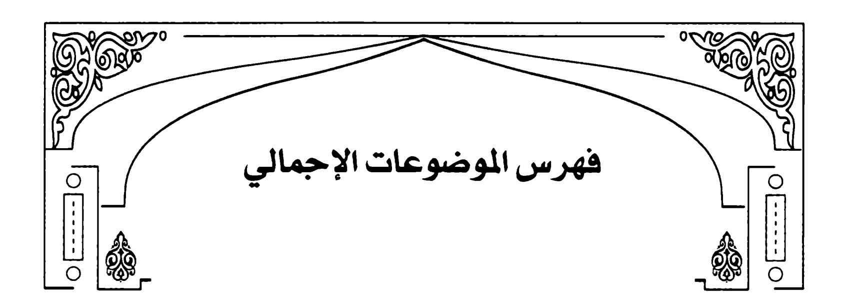
[تم كتاب البيوع، يأتي بعده كتاب السلم]

❁ ❁ ❁

---

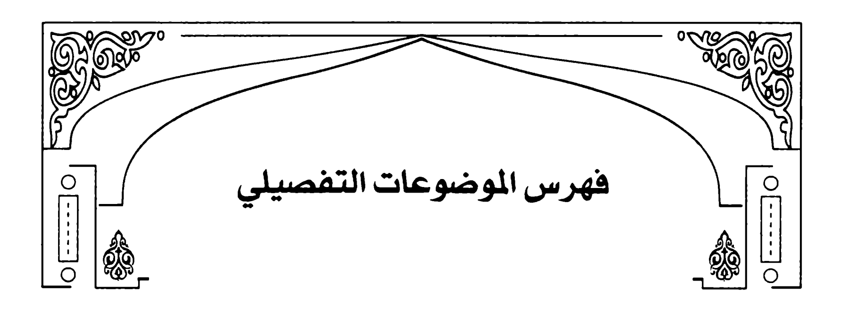
(١) التلخيص؛ لأبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري.

(٢) التلخيص (ص٣٤٠) وقد ذكر ذلك فيما إذا رهن الرجل ما خالع عليه امرأته قبل القبض.



فهرس الموضوعات الإجمالي





الموضوع الصفحة

